Praktische Konsequenzen aus den verschiedenen Konkursverwalter-Theorien.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg
zur
Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Steinmann
Referendar am Landgericht Magdeburg.

AGAD.
LUBELSKA
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Referent: Professor Dr. A. Mendelssohn-Bartholdy.

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
§ 1.		Einleitung	1
§ 2.	I.	Kurze Wiedergabe der einzelnen Konkursverwaltertheorien	1
	II.	Praktische Konsequenzen aus den einzelnen Konkursverwaltertheorien	
§ 3.		Wie gestaltet sich die Konstruktion der Aussonderung?	5
§ 4.		Wer ist Schuldner der Massegläubiger?	23
§ 5.		Wer ist Partei in Prozessen des Konkursverwalters?	29
§ 6.		Kann der Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters als Zeuge vernommen werden?	32
§ 7.		Kann der Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters intervenieren?	34
§ 8.		Hat das in Prozessen des Konkursverwalters ergangene Urteil auch Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner?	35
§ 9.		Welches ist das Schicksal der zur Zeit der Konkursbeendigung noch schwebenden Prozesse des Konkursverwalters?	49

Literaturverzeichnis.

Bunsen, Die Parteien im Zivilprozesse. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 26 S. 197—320.

v. Canstein, Besprechung von Kohlers „Lehrbuch des Konkursrechts 1891". In Grünhuts Zeitschrift Bd. 19 S. 677 ff.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht. 1884.

Eccius, Besprechung von „Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung". In Gruchot Bd. 36 u. 33.

Endemann, Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zu der deutschen Konkursordnung v. 10. 2. 1877. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 12 S. 24 ff.

Endemann, Besprechung von Seufferts „Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. 1. Abt.: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse". In Gruchot Bd. 34 S. 775 ff.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1908.

Fischer, Über Wachs Handbuch des Zivilprozesses. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 10 S. 406 ff.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.

Fuchs, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Prozeßlegitimation. In Gruchot Bd. 38 S. 241 ff., 548 ff.

Gallinger, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters und der Gläubiger bei Feststellung einer Konkursforderung. Erlanger Diss. 1896.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1 1906, Bd. 2 1908.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung. 1881.

Harburger, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1907.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1904, 3./4. Aufl. 1911.

Kiehl, Der Eintritt des sachlich Berechtigten in einen Prozeß, den ein anderer kraft der ihm zustehenden Verfügungsmacht geführt hat. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 30 S. 289 ff.

Koch, Die preußische Konkursordnung. 1855.

Kohler, Über die Sukzession in das Prozeßverhältnis. In der Zeitschrift für den Zivilprozeß Bd. 12 S. 97 ff.

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses. 1888.

Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, begründet von Holtzendorff, herausgegeben von Kohler. Bd. 2. 1904.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 1903.

Kunze, Das die Veräußerung hindernde Recht im Sinne des § 771 ZPO. Diss. Greifswald 1905.

Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. 1898.

Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. 1900.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. 1891.

Oetker, Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Bemerkungen zu den §§ 15 ff. KO. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 5 S. 1 ff.

Oetker, Das Verfolgungsrecht (rigt of stoppage in transitu) nach § 36 KO. 1883.

Oetker, Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 25 S. 1 ff.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.

Petersen, Beiträge zur juristischen Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 9 S. 1 ff.

Petersen, Besprechung von Kohlers Konkursrecht. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 17 S. 178 ff.

Petersen, Besprechung von Oetkers konkursrechtlichen Grundbegriffen. In Gruchot Bd. 36 S. 133 ff.

Petersen, Besprechung von Seufferts „Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. 1. Abt.: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse". In Gruchot Bd. 34 S. 775 ff.

Petersen, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters. Im Sächsischen Archiv Bd. 1 S. 1 ff.

Rintelen, Das Konkursrecht nebst Anhang betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens. 1890.

Rocholl, Die Feststellungsklage im heutigen Klagensystem. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 8 S. 328—417.

v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.

v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Geschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren. 1889. 1893.

Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.

Sieburg, Das Aussonderungsrecht (mit Ausschluß des Verfolgungsrechts). Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1906.

Sohm, Wesen und Voraussetzung der Widerspruchsklage. 1908.
Stegemann, Die Parteien im Prozeß. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 17 S. 326—386.
Stieglitz, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1887.
Thiele, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Prozeßlegitimation. In Gruchot Bd. 39 S. 601 ff.
v. Völderndorff, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Bd. 1 1884, Bd. 2 1885.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.
Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Ein Beitrag zu den Grundlagen des Aktionen- und Prozeßrechts.
Wengler, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1879.
v. Wilmowski-Kurlbaum-Kühne, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.
Voigt, Der Einfluß des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners. 1903.

Einleitung.

§ 1.

Eine der bestrittensten Fragen des Konkursrechts ist die Stellung des Konkursverwalters. Die verschiedenen Doktrinen über die Stellung des Konkursverwalters führen in ihrer Anwendung auf die einzelnen Funktionen des Konkursverwalters zu erheblichen praktischen Verschiedenheiten. Dies an wichtigen Beispielen darzulegen, ist das Ziel der folgenden Abhandlung.

Diesem Ziel entsprechend ist nicht auf die konstruktiven Schwierigkeiten einzugehen, die sich ergeben, wenn man die Konkursverwaltertheorien mit den einzelnen positiven Vorschriften der Konkursordnung in Einklang zu bringen, z. B. die Vorschriften über Erfüllung der Rechtsgeschäfte aus der Theorie der Gläubigervertretung zu erklären versucht; vielmehr ist auf die praktisch verschiedenen Resultate hinzuweisen, zu denen die einzelnen Konkursverwaltertheorien in solchen Fragen führen, die nicht durch positive gesetzliche Vorschriften beantwortet sind.

§ 2.

I. Kurze Wiedergabe der einzelnen Konkursverwaltertheorien.

Die Doktrinen über die Stellung des Konkursverwalters gruppieren sich in Stellvertretungs- und Amtstheorien, und zwar:

I. Stellvertretungstheorie: Der Konkursverwalter ist Stellvertreter:

a) des Gemeinschuldners,
b) teils des Gemeinschuldners, teils der Konkursgläubiger,
c) der Konkursgläubiger bezw. der Konkursgläubigerschaft,
d) der Konkursmasse.

II. Amtstheorie.

Sie besagen kurz folgendes:

Zu Ia. Der Konkursverwalter handle, wenn er als Konkursverwalter Willenserklärungen abgäbe oder entgegennähme, im Namen des Gemeinschuldners und mit Wirkung für ihn. Ohne solche Bindung des Gemeinschuldners durch Handlungen des Konkursverwalters kämen auch die Gegner nicht aus.

Jaeger (Anm. 6 zu § 6) beruft sich dabei auf eine Entscheidung des RG. Bd. 29 S. 30, die die Vertreterstellung des Konkursverwalters am nachdrücklichsten verwirft: „Man mag das Konkursverfahren gestalten und die Stellung des Konkursverwalters konstruieren, wie man will, ohne den Grundsatz wird man nicht auskommen können, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen".

Damit seien aber die beiden Voraussetzungen des Vertretungsbegriffs (§ 164 BGB.) gegeben: Der Konkursverwalter handle im Namen einer anderen Person und mit Wirkung für diese. Er handle also als Stellvertreter.

Es sei demnach nur noch der Umfang dieser Stellvertretung festzulegen. Nach § 6 KO. werde dem Gemeinschuldner nur die Befugnis entzogen, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Nur insoweit könne also von einer Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter gesprochen werden.

Diese Vertretungsmacht sei dem Konkursverwalter durch den § 6 KO. eingeräumt. Nach Abs. 2 § 6 werde das Recht, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, der Ausübung nach auf den Konkursverwalter übertragen, also nicht das Recht selbst, sondern nur die Ausübung. Dem Konkursverwalter fehle daher für seine Tätigkeit die Legitimation aus einem eigenen Recht; er übe vielmehr wie jeder Stellvertreter fremde Rechte aus. Der § 6 KO. weise damit deutlich auf eine Stellvertretung hin. Das Recht selbst müsse dementsprechend einem anderen zustehen. Es verbleibe eben dem Gemeinschuldner. Der Abs. 2 erläutere so durch seinen innigen Zusammenhang mit der Bestimmung des Abs. 1 das Wort „Befugnis" des Abs. 1. Die Befugnis bedeute hier lediglich das „Ausübendürfen", nicht das Recht selbst. § 6 KO. belasse also dem Ge-

meinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht, nehme ihm nur das Ausübendürfen (Befugnis des Abs. 1) dieses Rechtes. Dem Konkursverwalter dagegen übertrage er kein selbständiges Recht, sondern die Ausübung des beim Gemeinschuldner verbleibenden Verwaltungs- und Verfügungsrechtes; er ordne damit also eine Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter an.

Diese Theorie faßt demnach den Konkursverwalter in seiner gesamten Tätigkeit als Vertreter des Gemeinschuldners auf.

Zu Ib. An diese strengste Ansicht reiht sich die Doktrin, die in dem Konkursverwalter teils den Stellvertreter des Gemeinschuldners, teils den der Konkursgläubiger sieht.

Der Konkursverwalter erscheint ihr als Stellvertreter des Gemeinschuldners aus den gleichen Gründen wie der eben besprochenen Theorie.

„Das Gesetz ermächtige den Verwalter aber auch zur Ausübung gewisser Gläubigerrechte, die im Interesse der par conditio creditorum innerhalb des Konkurses nicht als Individualrechte verfolgt werden dürfen. Unter diesen Rechten stehe oben an die Gläubigeranfechtung ... Es sei undenkbar, daß der Konkursverwalter in Ausübung dieses Rechtes den Schuldner vertreten solle. Insoweit vertrete er vielmehr die Gesamtheit der Konkursgläubiger."

Der Konkursverwalter ist hiernach:

1. Stellvertreter des Gemeinschuldners im Umfang des § 6 KO.; er ist

2. Stellvertreter der Gesamtheit der Konkursgläubiger, soweit er Gemeinschaftsrechte der Konkursgläubiger ausübt.

Im folgenden wird auf diese Theorie als solche nicht zurückgekommen werden, da sie zu denselben praktischen Resultaten bald wie die Theorie zu Ia, bald wie die zu Ic führt.

Zu Ic. Der Konkursverwalter wird ferner als Vertreter der Konkursgläubiger bezw. der Konkursgläubigerschaft angesehen.

Auch diese Theorie glaubt sich auf den § 6 KO. berufen zu können. Der Gemeinschuldner verliere nach Abs. 1 § 6 KO. das Verwaltungs- und Verfügungsrecht, dagegen erhalte der Konkursverwalter nach Abs. 2 § 6 nicht das Verwaltungs- und Ver-

fügungsrecht als solches, sondern nur der Ausübung nach („wird ausgeübt"). Es müsse also das Recht als solches bei einem Dritten stehen. Dies seien die Gläubiger (so Seuffert, Zur Geschichte usw. S. 84) bezw. die Gläubigerschaft (so Kohler, Leitfaden S. 203), und zwar hätten die Gläubiger — es ist für unsere Zwecke gleichgültig, ob als einzelne oder als Gläubigerschaft — das Verwaltungs- und Verfügungsrecht kraft eines Pfandrechts, das ihnen an der Konkursmasse zustehe und begründet werde durch die in der Konkurseröffnung liegende Beschlagnahme. Die Existenz eines solchen Pfandrechts folge zunächst aus der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Konkursrechts (vgl. näher Seuffert a. a. O. S. 152), ferner aus der Art der den Konkursgläubigern von der Konkursordnung gewährten Rechte. Dies seien Rechte, die den Rechten eines Pfandgläubigers und dem Wesen der Sachhaftung entsprächen: So insbesondere das Recht, vor anderen Gläubigern Befriedigung aus gewissen Gegenständen zu verlangen, das Recht, die zur Konkursmasse gehörigen Sachen zum Zwecke der Befriedigung jedem Besitzer gegenüber in Anspruch zu nehmen, nötigenfalls mit gerichtlicher Hilfe.

Der Konkursverwalter handelt hiernach also als Vertreter der Konkursgläubiger, deren Pfandrecht er ausübt.

Zu I d. Die Vertreter dieser Theorie gehen ebenfalls davon aus, daß in § 6 Abs. 2 KO. dem Konkursverwalter nicht ein selbständiges Recht begründet, sondern das Recht eines anderen zur Ausübung in Stellvertretung des anderen eingeräumt sei. Sie lehnen es jedoch ab, in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger zu sehen, da beide Annahmen zu unlösbaren Widersprüchen führten, und entscheiden sich für eine Stellvertretung der Konkursmasse, aus der heraus allein eine befriedigende Erklärung der einzelnen konkursrechtlichen Bestimmungen möglich sei. Die Ansichten gehen im einzelnen darüber auseinander, ob der Konkursmasse Rechtspersönlichkeit zukomme, oder ob es sich um ein selbständiges Sondervermögen handle, das wie eine juristische Person behandelt werde (vgl. dazu Jaeger Anm. 2bε zu § 6 KO.).

Zu II. Die Amtstheorie sieht in dem Konkursverwalter nicht den Vertreter irgend jemandes. Sie verneint, daß § 6 KO. zur

Annahme einer Stellvertretung zwinge. Der Abs. 1 § 6 habe nur die Bedeutung, Eingriffe des Gemeinschuldners in die Konkursmasse abzuwehren, während Abs. 2 überhaupt ganz hätte fehlen können, da sich sein Inhalt aus den ferneren Bestimmungen von selbst ergäbe. Sei sonach in dem Gesetz nirgends eine zwingende direkte Anordnung einer Stellvertretung enthalten, so seien die Stellvertretungstheorien abzulehnen als insgesamt unzureichend, die Stellung des Konkursverwalters in allen ihren Beziehungen zu erklären. Der Konkursverwalter sei vielmehr ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnähme (RG. v. 30. 3. 1892 Bd. 29 S. 29—38).

Zu den Befugnissen des Amtsträgers gehört nun nach der Amtstheorie in erster Linie die nach seinem eigenen Ermessen zu führende Verwaltung der Konkursmasse und damit Hand in Hand gehend auch die Befugnis, Ansprüche, welche zu der Konkursmasse gehören, im Prozesse zu verfolgen sowie Ansprüche Dritter auf die Konkursmasse als Befriedigungsobjekt, die prozessualisch geltend gemacht werden, abzuwehren. In allen Fällen handelt der Konkursverwalter kraft eigenen Rechts.

II. Praktische Konsequenzen aus den einzelnen Konkursverwaltertheorien.

§ 3.

Wie gestaltet sich die Konstruktion der Aussonderung?

Für die Aussonderung ist ein Einfluß der Konkursverwaltertheorien unverkennbar. Und zwar ist die Stellungnahme zu den Konkursverwaltertheorien von Bedeutung in erster Linie für die Konstruktion der Aussonderung, diese dann wieder für die Möglichkeit einer wechselseitigen Ergänzung des § 43 KO. und § 771 ZPO.

So wird zur Erklärung des § 771 ZPO. häufig auf den § 43 KO. Bezug genommen, der dem § 771 ZPO. wesensgleich sein soll. Insbesondere schließt man aus der Erwähnung des

persönlichen Rechtes als geeignet zur Aussonderung auf ebensolche Anwendbarkeit dieses persönlichen Rechtes zur Begründung der Vollstreckungsintervention. Andererseits können Zweifel auftauchen, ob Vorschriften, die für § 771 ZPO. gegeben sind, nicht auch für § 43 KO. Anwendung zu finden haben.

Für die sonach in mancher Beziehung bedeutungsvolle Feststellung der Natur der Aussonderung ist, wie hervorgehoben, die jeweilige Konkursverwaltertheorie von Wichtigkeit.

Richtet sich die Aussonderung gegen den Konkursverwalter als den Vertreter des Gemeinschuldners, so liegt folgende Auffassung des § 43 KO. nahe: Unter Aussonderung ist dem Sprachgebrauch gemäß Ausscheidung zu verstehen. Die Ausscheidung kann in verschiedener Weise vorgenommen werden, so durch Herausgabe der auszuscheidenden Sache wie auch — die mildeste Form der Ausscheidung — durch Feststellung, daß der auszuscheidende Gegenstand nicht zu einem bestimmten Vermögen gehört. Auch im letzteren Falle liegt eine gewisse Ausscheidung vor, wenn sie auch nicht räumlich in die Erscheinung tritt. Die Konkursordnung will nun Ansprüche auf Ausscheidung in diesem Sinne, die Dritte außerhalb des Konkurses haben, durch den Konkurs unbeeinträchtigt lassen, wenn sie sich auf einen dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand beziehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Ansprüche einem dinglichen oder persönlichen Rechte entspringen, mit anderen Worten: Das dem Verlangen nach Aussonderung zugrunde liegende dingliche oder persönliche Recht betätigt sich in der gewöhnlichen Weise, so daß also das Verlangen, einen Gegenstand aus der Konkursmasse auszusondern, z. B. der gewöhnliche Eigentumsherausgabeanspruch ist, der seinem Wesen nach in keiner Weise verändert, lediglich in dem Konkurs gegen den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners gerichtet ist, wie er außerhalb des Konkurses gegen den (jetzigen) Gemeinschuldner geht.

Wann ein Gegenstand sich in der Konkursmasse befindet, so daß Aussonderung aus der Konkursmasse möglich ist, wann also der z. B. Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Gemeinschuldner, vertreten durch den Konkursverwalter, zu richten ist, ist bestritten, man nimmt teils an, wenn der Gegenstand auch

nur von dem Konkursverwalter für die Konkursmasse in Anspruch genommen werde, teils erst, wenn er körperlich — bei Sachen — zur Masse gezogen sei. Das ändert aber die Konstruktion nicht, kann daher für uns dahingestellt bleiben.

Von dem Aussonderungskläger wird nun zwar zur Substantiierung seines Klageantrags auch der Nachweis verlangt, daß die auszusondernde Sache dem Gemeinschuldner nicht gehört, und er hat insofern mehr darzutun, als wenn er außerhalb des Konkurses z. B. Herausgabe verlangte. Das Wesen des geltend gemachten Anspruches bleibt darum aber dasselbe vor wie nach dem Konkurs. Der Nachweis des Nichtgehörens ist gerade darum erforderlich, weil nur diejenigen auf Ausscheidung gehenden Ansprüche Dritter vom Konkurs unberührt bleiben, die sich auf dem Gemeinschuldner nicht gehörige Gegenstände beziehen, während die übrigen Ausscheidungsansprüche zu bloßen Konkursforderungen werden. Bei dem Nachweis des Nichtgehörens handelt es sich also um eine bloße Beweisregel, die den Anspruch selbst unberührt läßt.[1])

Wer in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sieht, würde danach den Aussonderungsanspruch für den gewöhnlichen dem Dritten schon vor dem Konkurse gegen den Gemeinschuldner zustehenden Anspruch, z. B. Herausgabeanspruch des Eigentümers, Vermieters, Verleihers usw., halten können, der jetzt nur gegen den Vertreter geht. Der Anspruch könnte schon vor der Konkurseröffnung erhoben sein, wie dies ja auch § 11 KO. vorsieht.

Man hat die Theorie der Gemeinschuldnervertretung gerade bei der Aussonderung besonders angegriffen und sie hier für undurchführbar gehalten: Die Vertretungsmacht des Konkursverwalters sei auf die Konkursmasse begrenzt. Man gerate daher bei der Aussonderung in einen Zirkel, wenn der Konkursverwalter den Aussonderungsanspruch anerkenne, oder wenn er in einem Rechtsstreit unterliege, also festgestellt würde, daß der Gegenstand

---

[1]) Oetker (Grundbegriffe Bd. 1 S. 315) meint sogar: „Der Aussonderungskläger hat nicht die Negative nachzuweisen, daß das auszusondernde Objekt nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehöre".

nicht dem Gemeinschuldner und daher auch nicht zur Konkursmasse gehöre.[1]) Dem Ziel der Aufgabe entsprechend, die praktischen Verschiedenheiten aus den einzelnen Konkursverwaltertheorien hervorzuheben, ist zu prüfen, ob in der Tat die hier besprochene Theorie zu einem negativen Ergebnis kommt. Wenn der Konkursverwalter dem Aussonderungsverlangen genügt, erkennt er damit an, daß der Gegenstand dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung nicht gehörte, und somit auch nicht zur Konkursmasse. Entspringt diese Anerkennung trotzdem der Befugnis, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, die der Gemeinschuldner nach § 6 KO. verliert? Diese Befugnis umfaßt zweifellos die Geltendmachung der zur Konkursmasse gehörenden Vermögensrechte: wie des Eigentumsrechts, des Forderungsrechts und dergleichen. Das Anerkennen, daß ein Recht, Eigentumsrecht usw., nicht dem Gemeinschuldner gehört, ist nun allerdings keine Verfügung über ein Recht in dem gewöhnlichen Sinne, insofern man nicht die Macht ausübt, die einem die Rechtsordnung zuerkennt, als Inhaber eines der von ihr geschaffenen bezw. anerkannten konkreten Rechte, wie Eigentumsrechts, Forderungsrechts. Er tut vielmehr etwas, was die Rechtsordnung jedem Rechtsgenossen nicht als Vermögensrecht, sondern als Ausfluß seiner bloßen Rechtsfähigkeit zuerkennen mußte; es ist unabhängig von einem Vermögensrecht als Grundrecht.

Hat nun derjenige, der als Stellvertreter das Vermögen eines anderen zu verwalten hat, lediglich die Summe von Rechten und Pflichten aus den einzelnen Vermögensbestandteilen wahrzunehmen oder auch jene allgemeinen, von einem Grundrecht unabhängigen Rechtsfähigkeitsrechte?

Wer zum Vertreter eines anderen bezüglich einer Sache bestellt wird, vertritt hinsichtlich dieser Sache die gesamte Rechtspersönlichkeit des anderen. Wie er die Sache mit Wirksamkeit gegen den Vertretenen zu veräußern und verschenken vermag und dann das Eigentumsrecht des Vertretenen ausübt, vermag er auch

---

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 33 S. 732; Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 349; Oetker, Das Verfolgungsrecht S. 71/72, Grundbegriffe S. 317.

anzuerkennen, daß die Sache gar nicht Eigentum des Vertretenen ist, und übt damit ein Recht der Rechtspersönlichkeit des anderen aus. Der andere kann nicht sagen, die Vertretungsmacht sei nur eine solche hinsichtlich des Eigentumsrechts und daher beschränkt auf Handlungen, die Ausfluß des Eigentums seien. Der Vertreter könne deshalb nicht anerkennen, daß die Sache nicht Eigentum des Vertretenen sei, denn er leugne dann das Grundrecht seiner Vertretungsmacht (das Eigentum des anderen) und damit diese selbst. Möglich ist zwar solche Beschränkung; sie müßte aber ausdrücklich bedungen oder aus den Umständen zu entnehmen sein. Das ist vielleicht möglich, wenn ich jemanden ausdrücklich zum Stellvertreter in meinem Eigentumsrecht, nicht aber, wenn ich ihn zum Stellvertreter schlechthin dieser oder jener Sache bestelle. Im ersteren Falle mag vielleicht anzunehmen sein, daß die Frage, ob ich Eigentümer bin, nicht dem Stellvertreter gegenüber ausgetragen werden kann, daß er nur die Rechte aus dem Eigentum in meiner Stellvertretung wahrzunehmen vermag.

Entsprechendes gilt auch bei Stellvertretung hinsichtlich einer Vermögensmasse. Bei Anwendung auf den Konkurs hat der Konkursverwalter nach Ansicht der hier besprochenen Vertretungstheorie den Gemeinschuldner hinsichtlich aller Gegenstände zu vertreten, die diesem zur Zeit der Konkurseröffnung gehören. Damit hätte er sicherlich die stellvertretende Ausübung aller unbestritten dem Gemeinschuldner zustehenden Eigentums-, Forderungsrechte usw. Der Zweifel taucht erst auf bei Gegenständen, die von Dritten in Anspruch genommen werden. Seine etwaige Vertretungsmacht würde hier nur dann außer Zweifel sein, wenn man ihn als Vertreter der Rechtspersönlichkeit des Gemeinschuldners rücksichtlich der Konkursmasse betrachten kann. Das ist aber nicht nur möglich, sondern sogar das Natürliche. Es ist zunächst möglich: Was sollte einer Vollmachtsbestellung entgegenstehen, die zur Stellvertretung des gesamten zur Zeit der Bestellung vorhandenen Vermögens des Bestellers ermächtigte, einschließlich der Stellvertretung für die Frage, ob ein Gegenstand zum derzeitigen Vermögen des Bestellers, oder ob er einem Dritten gehört? Wenn aber solche Bevollmächtigung möglich ist, warum soll die ganz entsprechende Anordnung einer derartigen gesetzlichen Vertretung

unmöglich sein? Ihre Anordnung liegt aber ohne weiteres in der Anordnung einer gesetzlichen Vertretung des Gemeinschuldners bezüglich einer ganzen Vermögensmasse, genau so wie eine entsprechende Vollmacht, durch die jemand z. B. zur Vertretung hinsichtlich des gesamten dem Besteller am 1. 1. 1912 gehörigen Vermögens ermächtigt wird, dahin auszulegen ist, daß der Stellvertreter als solcher darüber streiten kann, ob ein Gegenstand dem Besteller gehört, weil er ihm am 1. 1. 1912 gehörte, oder ob er dem Dritten gehört (vgl. auch Kohler, Lehrb. S. 285 Anm. 2). Falls das letzte festgestellt wird, steht danach nicht die mangelnde Vertretungsmacht des Vertreters fest, er hat als Stellvertreter zwar nicht in einem einzelnen Recht, sondern der Rechtspersönlichkeit des Bestellers gehandelt.

Der Konkursverwalter als Stellvertreter der Rechtspersönlichkeit des Gemeinschuldners hat daher auch aus dem Gesichtspunkt der Stellvertretung die Entscheidung darüber, ob ein Gegenstand für die Konkursmasse in Anspruch genommen werden soll oder nicht. Ihm gegenüber als dem Stellvertreter des Gemeinschuldners ist demnach ein Streit über die Massezugehörigkeit zum Austrag zu bringen. Unterliegt er, so ändert dies an seiner Stellvertreterqualität nichts, da sie ja nicht von dem Bestehen eines gemeinschuldnerischen Rechtes an den einzelnen Gegenständen abhängig, sondern eine Vertretung der Rechtspersönlichkeit des Gemeinschuldners rücksichtlich der Konkursmasse überhaupt ist.

Die Stellvertretungstheorie gerät danach bei ihrer Anwendung auf die Aussonderung nicht in eine Zwickmühle, sie führt vielmehr zu dem oben entwickelten Aussonderungsbegriff, nach dem der Aussonderungsanspruch nicht ein besonderer konkursrechtlicher Anspruch, sondern der gewöhnliche Anspruch des Eigentümers, Vermieters, Verleihers usw. ist.[1])

---

[1]) Ebenso Sohm, Widerspruchsklage S. 49/50; Rocholl in ZZP. Bd. 8 S. 408. Bei den übrigen Anhängern der hier besprochenen Stellvertretungstheorie fehlt es an einer unzweideutigen Bezeichnung des Wesens der Aussonderung. Doch ist offenbar auch gleicher Ansicht Jaeger, wenn er sagt: „Die Aussonderung richtet sich gegen den Verwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners. Der Anspruch bleibt dem Konkursverwalter gegenüber nach Grund und Inhalt unverändert"; (Anm. 56 u. 58 zu § 43 KO.); ferner v. Wilmowski Bem. 6 zu

Von dieser Auffassung aus erscheint eine wechselseitige Erläuterung der §§ 43 KO. u. 771 ZPO. unmöglich:

Man kann zunächst nicht aus § 43 KO. entnehmen, daß auch das persönliche Recht ein die Veräußerung hinderndes im Sinne von § 771 ZPO. sei. Das persönliche Recht betätigt im Falle der Aussonderung nach den obigen Ausführungen nur seine gewöhnliche, ihm auch außerhalb des Konkurses innewohnende Kraft in der gewöhnlichen, auch außerhalb des Konkurses gleichen Richtung. Das persönliche Recht als Grundlage der Widerspruchsklage würde eine ganz andere Richtung annehmen, als die bisherige des persönlichen Rechtes war. Das Widerspruchsrecht des § 771 ZPO. richtet sich gegen den pfändenden Gläubiger, das bisherige persönliche Recht ging gegen den gepfändeten Schuldner. Zur Erklärung kann nicht eine Stellvertretung des gepfändeten Schuldners durch den pfändenden Gläubiger unterstellt werden.

Das persönliche Recht behält auch als Aussonderungsanspruch seinen auf Herausgabe gerichteten Inhalt, dagegen zeigt das bisher auf Herausgabe gerichtete persönliche Recht bei der Vollstreckungsintervention eine ganz andere, neue, eigenartige Kraft. Das Widerspruchsrecht des obligatorisch Berechtigten, wenn überhaupt ein solches anerkannt werden soll, kann gar nicht als das gewöhnliche persönliche Recht angesehen werden, sondern ist ein eigenartiger, von der Prozeßordnung erst geschaffener Rechtsbehelf.

Der Schluß von dem persönlichen zur Aussonderung geeigneten Recht auf die Brauchbarkeit auch für die Vollstreckungsintervention ließe also außer Betracht, daß von einer Anwendbarkeit des persönlichen Rechtes direkt nicht die Rede sein kann, sondern der persönliche Anspruch für das Widerspruchsrecht nur Grundlage eines besonderen prozeßrechtlichen Anspruchs sein könnte.

Eine Ergänzung des § 771 ZPO. durch den § 43 KO., was den Kreis der zur Intervention geeigneten Rechte anlangt, wäre nur von der materiellrechtlichen Theorie (des § 771 ZPO.) aus insofern denkbar, als sie allerdings die Intervention des § 771

---

§ 43: „Der materielle Inhalt des Aussonderungsanspruchs bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Die zu fordernde Leistung ist Herstellung des dem Recht entsprechenden tatsächlichen Zustandes für den auszusondernden Gegenstand" und Petersen Bem. 2 vor § 43 KO.

als die gewöhnliche Betätigung des geltend gemachten Rechtes ansieht, als welche sie auch bei der Konkursaussonderung des § 43 KO. erscheint.[1])

Für die materiellrechtliche Theorie des § 771 ZPO. scheiden aber die persönlichen Rechte ohne weiteres aus als mit ihr unvereinbar.[2])

Es ist daher kein Raum für eine Heranziehung in dieser Richtung. Die Frage kann für die materiellrechtliche Theorie gar nicht auftauchen.

Eine Ergänzung des § 771 ZPO. durch den § 43 KO. erscheint danach für alle diejenigen ausgeschlossen, die in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sehen und im Zusammenhang mit dieser ihrer Konkursverwaltertheorie zu dem obigen Aussonderungsbegriff kommen.

Gleicher Ansicht vom Wesen der Aussonderung und ihrem Verhältnis zu § 771 ZPO. ist offenbar Rocholl (a. a. O. S. 408): „Diese Klagen (Aussonderungsklagen) sind keine sogenannten Konfliktsklagen, weil die betreffenden Ansprüche von dem Berechtigten gegen den Gemeinschuldner als Vertreter des Kridars oder

---

[1]) Daher mit Recht Mandry-Geib S. 327 Anm. 49: „Dieselbe (die Klage aus § 690 ZPO.) hat zu ihrem Fundamente das dem Intervenienten zustehende Recht an bezw. auf den betreffenden Gegenstand und geht insofern der Klage, mit welcher das Aussonderungsrecht geltend gemacht wird, parallel, ist also Eigentumsklage . . ." Mit Unrecht behauptet Mandry-Geib indessen ein Parallelgehen, wenn er a. a. O. die Hinterlegungsklage als solche eine Interventionsklage nennt. Die obligatorische Hinterlegungsklage gegenüber dem Vollstreckungsschuldner ist als solche undenkbar gleichzeitig Interventionsklage gegen den Vollstreckungsgläubiger.

[2]) Denn die materiellrechtliche Theorie geht von dem Rechte des Intervenienten aus — anders die prozeßrechtliche Theorie. Nach ihr liegt der Schwerpunkt in dem Nichtrecht des Pfändungspfandschuldners. — Ein Recht des Intervenienten soll gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger wirken. Eine solche Wirksamkeit kann man aber nur einem dinglichen Rechte zuschreiben, nur ein solches wirkt gegenüber jedermann, also auch gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger. Nicht aber ist dies beim obligatorischen Recht der Fall. Ein obligatorisches Recht wirkt immer nur zwischen dem einzelnen Berechtigten und Verpflichteten des obligatorischen Rechtsverhältnisses. Gegen andere nur, sofern sie in die persönliche Verpflichtung eintreten. Das ist aber beim Pfändungspfandgläubiger nicht der Fall.

mit umgekehrter Parteirolle geltend gemacht werden. Sie entspringen dem Rechtsverhältnis zwischen dem berechtigten Gläubiger und dem Kridar und treten aus diesem Verhältnisse nicht heraus. Das auf sie ergehende Urteil stellt entweder in Wahrheit dieses Rechtsverhältnis zwischen dem Prätendenten und dem Verwalter fest, oder es kondemniert zu einer Leistung, aber immer nur in einem vom Konkursverwalter als Administrator des Schuldnervermögens geführten Prozeß, in welchem die Konkursgläubiger nicht mitwirken". Dies alles im Gegensatz zu den Interventionsklagen, insbesondere der des § 690 (§ 771 ZPO.), die Rocholl zu den Konfliktsklagen rechnet, d. h. zu denjenigen Klagen, welche nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder die materiellen Folgen eines solchen zum Gegenstande haben, sondern die Kollision zweier nebeneinander bestehender Rechtsverhältnisse zu lösen bestimmt sind (a. a. O. S. 343).

Auch Voß (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 284—286) hebt die „wesentlich abweichende rechtliche Unterlage hervor" und kommt zu dem Schluß: „Man kann hiernach wohl sagen, daß § 35 KO. nicht heranzuziehen ist, um die Ausdehnung des Widerspruchsrechtes aus § 690 ZPO. auf persönliche Ansprüche des Hinterlegers, Leihers oder Vermieters zu rechtfertigen".

Ganz unzweideutig erklärt Sohm (Widerspruchsklage S. 49/50): „Der Aussonderungsberechtigte klagt gegen den Konkursverwalter auch nur als gegen einen Vertreter des Gemeinschuldners und macht die Ansprüche, die ihm gegen diesen zustehen, geltend, ohne daß die Form der Geltendmachung durch den Konkurs beeinträchtigt wird. Daher ist ... je nachdem die Aussonderungsklage rei vindicatio, actio locati, depositi, mandati usw., nie aber ist sie eine Gestaltungsklage im engeren Sinne auf Änderung des prozeßrechtlichen Zustandes. Darin liegt ihr Unterschied von der Widerspruchsklage".[1])

[1]) vgl. auch Falkmann a. a. O. S. 432; Petersen-Kleinfeller a. a. O. Vorbem. 11 vor Titel IV; v. Wilmowski a. a. O. Bem. 7 zu § 43. Jaeger a. a. O. Bem. 6 zu § 43 hebt hervor: „Wie die Aussonderungsklage die vom Verwalter behauptete Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Vermögen des Gemeinschuldners verneint, so macht die Widerspruchsklage des Dritten nach § 771 ZPO.

In gleicher Weise kann nicht an eine Anwendung der für § 771 ZPO. gegebenen Vorschriften auf die Aussonderungsklage gedacht werden. Ausgeschlossen erscheint hiernach der besondere Gerichtsstand des § 771 ZPO.[1])

Die gewöhnlichen Gerichtsstände bleiben anwendbar, so insbesondere der der Erfüllung (§ 29 ZPO.). Eine Vereinbarung hinsichtlich des Gerichtsstandes, die zwischen Gemeinschuldner und Dritten vor dem Konkurse getroffen war, ist auch für den Konkursverwalter bindend. Das Reichsgericht, offenbar ausgehend von der Ansicht, die Aussonderungsklage sei eine Klage sui generis, jedenfalls nie eine Klage aus einem Vertrage zwischen Gemeinschuldner und Aussonderungskläger, hielt demnach den Gerichtsstand der Erfüllung für nichtgegeben (RG. v. 10. 5. 1893 Bd. 31 S. 292/93). In einer späteren Entscheidung ist dieser Standpunkt indessen verlassen.[2])

Nichtzugehörigkeit zu dem der Zwangsvollstreckung wegen einer bestimmten Geldforderung unterliegenden Vermögen geltend. Die unverkennbare Parallele rechtfertige bei Lösung der Streitfrage, ob auch schuldrechtliche Ansprüche die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. begründen, eine Verwertung des § 43 KO. mit dem Ergebnisse, daß den Herausgabe-, nicht den Verschaffungsansprüchen wie Aussonderungskraft so auch Widerspruchskraft zuzuerkennen sei". Indessen daraus, daß der Aussonderungsberechtigte seinen persönlichen Herausgabeanspruch gegen den Vertreter des Verpflichteten geltend macht, kann doch offenbar nichts dafür gefolgert werden, daß der Dritte des § 771 ZPO. sein persönliches Recht gegen den exequendus gegenüber einem ganz anderem als dem Verpflichteten, in ganz anderer Weise als gegenüber dem Verpflichteten (nämlich Einstellung der Zwangsvollstreckung anstatt Herausgabe) geltend machen kann. Ohne weitere Begründung für die Heranziehung des § 43 KO. zur Erläuterung von § 771 ZPO. Abrahamsohn, Die Rechte des Dritteigentümers bei unrechtmäßiger Mobiliarzwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung nach geltendem Recht, Diss. Freiburg 1906, S. 25; ferner Kunze S. 41 mit eigenartiger, kaum zutreffender Erklärung des § 43 KO.; vgl. ferner Frommhold, Die Widerspruchsklage, 1891, S. 248; Bunsen a. a. O. S. 72ff.; OLG. Dresden v. 28. 5. 1909 in Rspr. Bd. 19 S. 211.

[1]) vgl. Jaeger a. a. O. Anm. 5 zu § 43; Fitting a. a. O. S. 264 Anm. 9 a. E. Im französischen Recht ist das Konkursgericht zuständig. Code Commerce Art. 585; ebenso früher bayr. Prozeßordnung von 1869 Art. 1249.

[2]) RG. v. 7. 3. 1894 in Gruchot Bd. 38 S. 1169 und Seufferts Arch. Bd. 50 S. 124 ff. Nr. 70 S. 126: „Der Einwurf der Revision, daß Kläger sich auf eine Vereinbarung über den Gerichtsstand nicht berufen könne, die er nicht mit dem beklagten Konkursverwalter getroffen habe, scheitert an der Erwägung, daß aus

Ausgeschlossen erscheint ferner eine Einstellung nach § 769 ZPO. in Verbindung mit § 771. Eine Sicherung des Gläubigers hat im Wege der einstweiligen Verfügung zu erfolgen (vgl. RG. v. 1. 2. 1902 in JurW. 1902 S. 72 Nr. 34).

Anders erscheint das Wesen der Aussonderung bei Zugrundelegung der Theorie, die in dem Konkursverwalter den Vertreter der Konkursgläubiger bei Ausübung ihres Pfandrechtes sieht. Man ist dann m. E. gezwungen, den Aussonderungsanspruch auf Grund persönlichen Rechts (und demnach den Aussonderungsanspruch schlechthin), ähnlich der prozeßrechtlichen Theorie des § 771 ZPO., als einen besonderen prozeßrechtlichen Anspruch anzusehen, also in der Aussonderung nicht die gewöhnliche Betätigung des persönlichen Rechtes — wie sollte z. B. der Anspruch des Verleihers als solcher gegenüber dem Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger geltend gemacht werden können? —, sondern einen von der Konkursordnung geschaffenen prozeßrechtlichen Anspruch zur Reaktion gegen eine drohende Zwangsvollstreckung zu finden.[1]) Die Aussonderung wäre lediglich ein Anwendungsfall der Vollstreckungsintervention. Seinem Zweck entsprechend wäre dann auch als Ziel der Aussonderung lediglich Einstellung der Zwangsvollstreckung, d. h. hier Herausgabe an den Gemeinschuldner anzusehen.

Seuffert zieht auch etwa in dieser Richtung die Konsequenzen seiner Auffassung, daß der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger sei: „Gleichwie es bei der Spezialexekution vorkommen kann, daß sie in einen Gegenstand vollzogen wird, der nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehört, so kann es

---

einem Vertrage mit dem Konkursverwalter überhaupt nicht geklagt wird, aber aus einem Vertrage mit dem Gemeinschuldner, dessen Nichterfüllung mit ihren Folgen der Konkursverwalter zu vertreten hat. Ein besonderer Gerichtsstand für Aussonderungsklagen ist in der Zivilprozeßordnung nicht geschaffen, und die Bestimmungen in den §§ 685 u. 690 ZPO. über die Zuständigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren können keine Anwendung finden, da der Konkurs keine Zwangsvollstreckung ist". Vgl. auch OLG. Dresden v. 19. 1. 1906 in Rspr. Bd. 13 S. 78/79.

[1]) Das ist allerdings weitere Voraussetzung, daß das Konkursverfahren als Zwangsvollstreckungsverfahren angesehen wird. Diese Anschauung liegt indessen der Pfandrechtstheorie am nächsten und wird daher auch von fast allen ihren Vertretern unterstellt.

bei der konkursmäßigen Generalexekution geschehen, daß der Verwalter einen Gegenstand, der nicht dem Gemeinschuldner gehört, in die Konkursmasse einbezieht. Wie in jenem Falle die Spezialexekution, so ist in diesem Falle die Einbeziehung in die Konkursmasse ein rechtswidriger Eingriff in die Vermögenssphäre des Dritten, in jenem Falle reagiert der Dritte durch das Verlangen, den Gegenstand von der Spezialexekution freizugeben, event. macht er diesen Anspruch durch Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) geltend. In dem anderen Falle reagiert der Dritte durch das Verlangen, den Gegenstand aus der Konkursmasse freizugeben (Aussonderungsanspruch), event. macht er diesen Anspruch durch Klage geltend".[1])

Zu dem gleichen Resultat bezüglich des Wesens der Aussonderung kommen gerade mit Rücksicht auf ihre Konkursverwaltertheorie auch Kohler und Hellmann.[2]) In erster Linie für das österreichische Recht vergleicht v. Schrutka-Rechtenstamm (Dogmatischer Teil S. 26/27) die Exzindierung in der Einzelzwangsvollstreckung und die Aussonderung im Konkurse. Nach österreichischem Recht hat der Konkursverwalter die Stellung eines Vertreters der Gläubiger. Die Gleichheit der Situation, wenn man das Rechtsverhältnis der Konkursgläubiger zur Konkursmasse nach dem Muster des exekutorischen Pfandrechts konstruiert, ist daher nicht zu leugnen. v. Schrutka findet das Gleichartige der Exzindierungs- und der Aussonderungsklage in dem in beiden Fällen übereinstimmenden Petitum auf Ausscheidung aus der Masse, das Unterscheidende in dem bei der Aussonderungsklage zumeist darüber hinausgehenden Begehren auf Herausgabe an ihn, den Dritten. Er glaubt unter Berücksichtigung dieser Verschiedenartigkeit die Aussonderungsklage der Exzindierungs-

---

[1]) So sagt Seuffert a. a. O. S. 90 nochmals ausdrücklich: „Der Antrag ist auf Verurteilung der Gläubigerschaft zur Freigabe aus der Konkursmasse zu stellen". Vgl. ferner S. 89/90.

[2]) Kohler, am kürzesten in Enzyklopädie Bd. 2 S. 182: „Was bei der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung die Widerspruchsklage, das ist im Konkurs der Aussonderungsanspruch". Hellmann a. a. O. S. 638: „Der Aussonderungsberechtigte leugnet die Erstreckung des Konkurspfandrechts auf den Gegenstand des Aussonderungsrechts ... Nichts anderes tut gegenüber der Einzelpfändung der Widerspruchskläger nach § 771 ZPO. bezüglich des Pfändungspfandrechts".

klage gleichstellen zu können, falls letztere gleichzeitig gegen den Exequendus als Streitgenossen gerichtet ist, also Exzindierungs- und materiellrechtliche Herausgabeklage kumuliert sind.[1])

Als Resultat seiner Betrachtung kann v. Schrutka zum Schluß feststellen: „Demgemäß sind Rückforderungsansprüche, von denen die §§ 26, 27, 137, 138 KO. sprechen, nicht rein materiellrechtliche, sondern zugleich auf Freigebung abzielende prozessualische . . ." (Anm. S. 27 a. E.).

Es ist aus allen diesen treffenden Bemerkungen für unsere Zwecke besonders hervorzuheben, daß, wie schon oben gesagt, die Natur der Aussonderung einen prozessualen Charakter annehmen muß, wenn man den Konkursgläubigern ein Pfandrecht zuspricht und den Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger auffaßt. Wir waren zu diesem Schlusse gekommen aus dem Grunde, weil eine Erklärung für das Wirksamwerden eines obligatorischen Rechtes gegenüber einem anderen als dem Kontrahenten bezw. dessen Stellvertreter nur so möglich scheint. v. Schrutka läßt dem dem Aussonderungsanspruch zugrunde liegenden Recht auf Herausgabe — offenbar also auch dem persönlichen — seine volle ihm außerhalb des Konkurses zukommende Kraft, was uns gegenüber dem Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger unmöglich erschien, und er begibt sich damit, wie man auf den ersten Blick glauben möchte, der Möglichkeit, den konkursrechtlichen Anspruch, wie oben geschehen, für etwas anderes zu halten als den gewöhnlichen Herausgabeanspruch. Gleichwohl hält er den Aussonderungsanspruch für einen zugleich prozessualischen. Der Grund für letztere Annahme ist nach seinen Ausführungen der gleiche, aus dem oben der Aussonderungsanspruch der deutschen Konkursordnung bei Zugrundelegung der Gläubigervertretungstheorie für einen prozeßrechtlichen erklärt wurde.[2]) Der Konkursverwalter

[1]) Denn es handelt sich dann eben, wie v. Schrutka mit Recht hervorhebt, nicht um die bloße Exzindierungsklage, vgl. S. 167: „Eine Mitbeklagung des Exequendus ist nur möglich, wenn der Dritte sich nicht nur auf die Exzindierung beschränkt, sondern sein materielles Vermögensrecht selbst, sei es in der Form einer . . . Leistungs- oder einer Feststellungsklage, geltend macht, dann liegt aber eine Kumulation der Exzindierungsklage mit der zivilrechtlichen Klage gegen den Exequendus vor.

[2]) Das war deswegen, weil nur so die von § 43 KO. anerkannte Möglich-

vertritt nämlich nach v. Schrutkas Konstruktion im österreichischen Recht zwei Personen, 1. die Konkursgläubiger als Inhaber des Pfandrechts (insofern entspricht der Anspruch der Aussonderung der deutschen Konkursordnung und ist ein prozeßrechtlicher) und 2. die in der Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts als Vertreter des Gemeinschuldners gedachten Konkursgläubiger (insofern hat er keine Parallele im deutschen Konkursrecht und ist der gewöhnliche Herausgabeanspruch). v. Schrutkas Annahme solcher Doppelvertretung durch den Konkursverwalter geht ganz besonders daraus hervor, daß er die Aussonderungsklage und die mit der materiellrechtlichen gegen den Vollstreckungsschuldner gerichteten Herausgabeklage kumulierte Exzindierungsklage einander vergleicht, nicht etwa nur Aussonderungsklage und einfache Exzindierungsklage. Lediglich gegenüber den Konkursgläubigern in ihrer zweiten Eigenschaft — als Vertretern des Gemeinschuldners — ist nach v. Schrutka der Aussonderungsanspruch der gewöhnliche materiellrechtliche Anspruch; will man aber dem persönlichen auf Herausgabe gerichteten Recht gegen den Gemeinschuldner Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern als Inhabern des Pfandrechts (Entpfändung) beilegen, so erscheint wiederum auch nach v. Schrutka für die Wirksamkeit gegenüber einem anderen als dem Kontrahenten nur die Erklärung möglich, die Aussonderung in dieser Richtung als einen prozessualen Rechtsbehelf aufzufassen.

Kommt man auf diesem Wege zu dem Resultate, Aussonderung und Widerspruchsklage für gleichartig zu halten, so liegt eine Ergänzung beider durch einander sehr nahe. Man wird mit Recht aus § 43 KO. entnehmen können, daß auch ein Widerspruch nach § 771 ZPO. auf Grund eines persönlichen Rechtes möglich ist.

Will man bei der Ergänzung nicht so weit gehen und den besonderen Gerichtsstand des § 771 ZPO. auch für § 43 KO. übernehmen,[1]) so kommt man doch auch hier zu einem anderen

---

keit der Aussonderung auf Grund eines persönlichen Rechts gegenüber dem Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger gedeutet werden kann.

[1]) RG. v. 7. 3. 1894 in Gruchot Bd. 38 S. 1169 führt gegen solche Übertragung des Gerichtsstandes nur an, daß der Konkurs keine Zwangsvollstreckung

Resultat als die oben besprochene Theorie. Als Gerichtsstand ist nur denkbar der allgemeine Gerichtsstand der Gläubigerschaft (§ 17 ZPO.) und der Gerichtsstand der belegenen Sache (§ 24 ZPO.); nicht dagegen der des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO.). Eine zwischen dem Gemeinschuldner und dem Aussondernden getroffene Vereinbarung über den Gerichtsstand bindet den Konkursverwalter nicht.[1])

Ist der Konkursverwalter Vertreter der Konkursmasse, so ist die Konkursmasse, soweit man ihr Rechtspersönlichkeit zuerkennt, Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners. Die Geltendmachung des persönlichen bisher gegen den Gemeinschuldner gerichteten Rechts gegenüber dem Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse hat dann nichts Besonderes. Die Auslegung des § 43 KO. erfolgt daher am ungezwungensten in der gleichen Weise wie oben bei der Unterstellung, der Konkursverwalter sei Vertreter des Gemeinschuldners.

Dasselbe gilt, wenn man die Konkursmasse nicht für eine juristische Person, sondern für ein selbständiges Sondervermögen hält. Die Konkursmasse ist ja dann nichts anderes als eine Summe von Rechten und Verbindlichkeiten, die nach außen hin zwar durch den Konkursverwalter als ihr Organ selbständig in die Erscheinung tritt, während die Rechte und Verbindlichkeiten materiell weiter für und gegen den Gemeinschuldner als Rechtssubjekt existieren. Die Doktrin, die den Konkursverwalter für den Vertreter der Konkursmasse hält, kommt also m. E. zu den gleichen Resultaten bezüglich des Wesens der Aussonderung und der daraus zu ziehenden Folgerungen wie diejenigen, die den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners ansehen.[2])

Zu welchen Ergebnissen kommt die Amtstheorie? Es liegen nur wenige ausdrückliche Äußerungen seitens ihrer Anhänger vor.

---

sei. Letzteres wird aber von der hier besprochenen Konkursverwaltertheorie allgemein angenommen. Vgl. z. B. Seuffert, Deutscher Konkursprozeß S. 3; Kohler, Leitfaden S. 57 ff.

[1]) So auch ausdrücklich Seuffert, Deutscher Konkursprozeß S. 90 Anm. 2.

[2]) Derselben Ansicht scheint v. Völderndorff zu sein, wenn er den Inhalt des § 35 KO. (alt) für einen „lediglich negativen" erklärt. Vorbem. vor § 35 S. 436.

Unter ganz besonderer Hervorhebung der amtlichen Stellung des Konkursverwalters entwickelt Oetker seinen Aussonderungsbegriff (Verfolgungsrecht S. 78 ff.). Er geht davon aus, daß dringendes praktisches Bedürfnis eine nicht anzuzweifelnde Feststellung der Frage erfordere, was im Einzelfall zur Konkursmasse gehöre, was nicht, oder mit anderen Worten: eine authentische Interpretation des § 1 KO. für jeden einzelnen Konkurs. Ohne eine solche Feststellung würde jedes Konkursverfahren ohne Ausnahme von einer großartigen Rechtsunsicherheit begleitet sein. Es wäre die Konsequenz unabweislich, daß bei Verwertung einer zur Sollmasse nicht gehörigen, zur tatsächlichen Masse jedoch gezogenen Sache durch den Konkursverwalter dem Gemeinschuldner und Dritten im Verhältnis zum Käufer der Beweis frei bleiben müßte, die Sache sei zu Unrecht, weil nicht zur Masse des § 1 KO. gehörig, in die Masse gezogen worden, Verkauf und Übergabe durch den gar nicht verfügungsfähigen Verwalter daher kein Titel zum Eigentumserwerb.

Diese Rechtsunsicherheit sei vom Gesetz dadurch vermieden worden, daß es dem Konkursverwalter die Macht delegiert habe, den § 1 KO. authentisch zu interpretieren. Die Massekonstituierung ist daher nach Oetker nicht etwas Äußerliches, rein Tatsächliches, sondern Erlaß einer Individualnorm, die feststellt, welches die für das Konkursverfahren maßgebliche Konkursmasse ist. Über diese Konkursmasse darf der Konkursverwalter verfügen, auch soweit sie nicht mit der Masse des § 1 KO. übereinstimmt. Der § 1 KO. gibt ihm lediglich die nach Möglichkeit zu erstrebende ideale Masse an. Die Macht des Konkursverwalters entspricht der des Richters bei Setzung der Urteilsnorm; auch sie soll die konkrete Verwirklichung des abstrakten Gebotes des Gesetzgebers sein, hat jedoch auch bei unrichtiger Gesetzesauslegung praktische Geltung.

Der Konkursverwalter interpretiert den § 1 KO., d. h. er bildet „die" Konkursmasse nach Vorschrift der Konkursordnung, und zwar durch konkludente Handlungen, durch Besitzergreifung und Aussonderung (Oetker, Verfolgungsrecht S. 94).

Wer Aussonderung verlangt, behauptet daher eine unrichtige Interpretation des § 1 KO. durch den Konkursverwalter, die ungerechtfertigte Einbeziehung eines Gegenstandes in den Massever-

band. Das rechtsverletzende Faktum, das redressiert werden soll, ist danach nicht sowohl die Besitzergreifung als solche seitens des Konkursverwalters, sondern der darin liegende wirksame Ausspruch: der Gegenstand ist der Masse verfallen, untersteht der rechtmäßigen Verfügungsgewalt des Konkursverwalters, der über sie mit Wirkung gegenüber jedem schalten kann (wenn auch vorbehaltlich etwaiger Schadensersatz- und Regreßklagen gegen den Verwalter). Der Aussondernde verlangt daher nichts weiter, als daß der Konkursverwalter durch Erlaß einer neuen Individualnorm den Gegenstand aus dem Masseverbande löst, aus seiner Verfügungsgewalt frei gibt. Diese Freigabe hat — wie die Einbeziehung durch Besitzergreifung — durch Besitzaufgabe zu erfolgen.

Der Aussonderungsanspruch ist danach durchaus verschieden vom Herausgabeanspruch, welcher daneben als Masseanspruch möglich ist (Oetker, Verfolgungsrecht S. 88).

Die Aussonderuug einer Sache aus der Masse steht nach Oetker völlig auf einer Stufe mit der Freigabe aus dem Pfandverband. Beide Ansprüche, die sogen. Zwischenklage und der Aussonderungsanspruch, entspringen nach ihm aus analogen rechtsverletzenden factis, der eine aus Verstrickung der fremden Sache in den Pfand-, der andere aus Verstrickung derselben in den Masseverband, und beide Ansprüche sind befriedigt iisdem factis in contrarium actis.

Danach lautet Oetkers Definition der Aussonderung: „Aussonderung seitens des Konkursverwalters ist Ausübung der rechtlichen Macht, den § 1 KO. nach (zeitlich oder nur logisch vorangehender) Anerkennung eines wirklich vorhandenen oder nur irrigerweise supponierten Aussonderungsanspruches oder richterlicher Feststellung eines solchen Anspruchs durch Besitzaufgabe für den Konkurs authentisch zu interpretieren" (Verfolgungsrecht S. 95).

Es kann für unsere Aufgabe ganz dahingestellt bleiben, ob der Oetkersche Aussonderungsbegriff der einzig mögliche für die Amtstheorie ist. Es genügt, so viel festzustellen, daß er nur möglich ist vom Standpunkte dessen, der in dem Konkursverwalter einen Amtsträger sieht. Denn unmöglich kann der bloße Vertreter, sei es des Gemeinschuldners, sei es der Konkursgläubiger

oder Konkursmasse, derartige obrigkeitliche Funktionen wie die authentische Interpretation dessen, was „Konkursmasse“ ist, haben. Die Vertretertheorien müssen zu anderen Resultaten kommen. Das gilt auch für die Gläubigervertretungstheorie. Sie mußte, wie oben gezeigt, zu einem vollkommenen Parallelismus von Aussonderungs- und Interventionsklage gelangen. Das ist m. E. für Oetker ausgeschlossen. Denn während sich die Interventionsklage gegen einen Privatakt der pfändenden Gläubiger richtet, wendet sich die Aussonderung nach Oetkerscher Auffassung gegen einen staatlichen Hoheitsakt.

Eine gewisse Verwandtschaft zwischen § 771 ZPO. und § 43 KO. ist allerdings mit Rücksicht auf das gleiche Ziel der Freigabe nicht zu verkennen (Oetker, Verfolgungsrecht S. 97). Sie genügt wohl, um eine gegenseitige Ergänzung der beiden Paragraphen im oben erörterten Sinne zuzulassen. Andererseits wäre es wiederum unmöglich, den vertraglich zwischen Gemeinschuldner und Dritten vereinbarten Gerichtsstand als verbindlich für die Aussonderungsklage anzusehen.

Die Amtstheorie geht in den spärlichen Äußerungen, die sich sonst noch über das Wesen der Aussonderung finden, nicht von einer so ausgeprägten Amtsbefugnis des Konkursverwalters aus wie Oetker. Sie übergeht die von Oetker zum Ausgangspunkt seiner Definition gemachte Notwendigkeit einer authentischen Feststellung der Konkursmasse und sieht, da ihr die vom Konkursverwalter vorgenommene Sammlung der Masse nicht eine besondere konkursrechtliche Verstrickung herbeiführt, in der Aussonderung auch nicht eine Abwehr gegen diese Verstrickung, sondern „eine wirkliche dingliche oder persönliche Klage auf ... Herausgabe der Sache aus der Konkursmasse“ (z. B. RG. v. 1. 2. 1902 in JurW. 1902 S. 172 Nr. 34).

Das Reichsgericht erklärt ferner ausdrücklich: „Der Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes wird nicht dadurch ein anderer, daß er als Aussonderungsanspruch gegen eine Konkursmasse gerichtet ist“ (RG. v. 7. 3. 1894 in Gruchot Bd. 38 S. 1169 und JurW. 1894 S. 181 ff. Nr. 11).

Sie kommt also zu ganz anderem Resultat als Oetker und schützt das Amt des Konkursverwalters lediglich vor, um die

Passivlegitimation des Konkursverwalters auch gegenüber persönlichen Ansprüchen zu erklären.

Das Ergebnis gleicht daher dem oben bei Unterstellung einer Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter gewonnenen. Mithin entfällt auch hier wieder jede Möglichkeit gegenseitiger Erklärung von § 43 KO. und § 771 ZPO. Dagegen bejaht konsequenterweise das Reichsgericht die Zulässigkeit des vertraglichen Gerichtsstandes.

§ 4.

Wer ist Schuldner der Massegläubiger?

Praktische Bedeutung hat die Stellungnahme zu den Konkursverwaltertheorien auch für den 7. Titel Konkursordnung, insbesondere für die entscheidende Frage, wer Schuldner der Massegläubiger ist, und im Zusammenhang damit, woraus die Massegläubiger Befriedigung verlangen können.

Das Gesetz (§ 57 KO.) besagt lediglich, daß die Massekosten und Masseschulden vorweg aus der Konkursmasse zu berichtigen sind. Wer Schuldner dieser Verbindlichkeiten ist, wird nicht unzweideutig erklärt. Die Vertretertheorien halten in Konsequenz ihrer Anschauung den jeweils ihrer Ansicht nach vom Konkursverwalter Vertretenen für den Schuldner. Das müssen sie logischerweise bei den Masseschulden, die aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen (§ 59 KO.). Der Konkursverwalter handelt ja, wenn er Willenserklärungen abgibt oder entgegennimmt, immer nur im Namen und mit Wirkung für und gegen den Vertretenen. Da aber die Frage, wer den Massegläubigern als Schuldner gegenübersteht, nur einheitlich beantwortet werden kann, so ist es ihnen unzweifelhaft, daß Schuldner der Massegläubiger das vom Konkursverwalter vertretene Rechtssubjekt ist.

So sehen zunächst die einen als Schuldner der Massegläubiger den Kridar an Sie kommen aber unter sich zu abweichenden praktischen Ergebnissen. Teils erklärt man den Gemeinschuldner für schlechthin haftbar mit seinem ganzen Vermögen, teils scheidet man die Masseansprüche in solche, die schon vor Konkursbeginn,

wenn auch nur betagt oder bedingt, gegen den Gemeinschuldner persönlich begründet waren, und in solche, die im Konkurs neu entstanden sind; für jene läßt man den Gemeinschuldner unbeschränkt haften, für diese beschränkt mit der Konkursmasse bezw. mit den aus der Konkursmasse in die freie Verfügung des ehemaligen Gemeinschuldners gelangten Vermögensgegenständen.[1])

Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners mit seinem gesamten Vermögen würde die äußerste Konsequenz aus der Annahme einer Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter sein. Aber auch die beschränkte Haftung (für neu entstandene Verbindlichkeiten) ist durchaus vereinbar mit der Stellvertretungstheorie. Eine Vollmacht kann zweifellos dahin beschränkt werden, daß der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber nur zur Zahlung aus bestimmten Gegenständen verpflichten kann.[2])

In der gleichen Weise muß auch eine gesetzliche Vertretung begrenzt sein können. Auf den Konkursverwalter angewandt enthielte dessen gesetzliche Vertretungsmacht zunächst die Macht, den Gemeinschuldner hinsichtlich der einzelnen Vermögensgegenstände zu verpflichten und über die Gegenstände zu verfügen, ferner ohne Rücksicht auf die einzelnen Konkursmassegegenstände den Gemeinschuldner zu Leistungen unter alleiniger Haftung der Konkursmasse zu verpflichten (vgl. auch Schultze S. 46/47).

Ich möchte mich mit Jaeger dafür entscheiden, daß grundsätzlich der Gemeinschuldner nur mit seinem konkursbefangenen Vermögen den Massegläubigern haftet. Diese Beschränkung der Haftung läßt sich m. E. aus der Selbständigkeit und Abgeschlossen-

---

[1]) So insbes. Jaegers Anm. 5 zu § 57. Für unbeschränkte Haftung: Wolff in ZZP. Bd. 22 S. 207 ff., insbes. S. 213; Fitting a. a. O. S. 183; v. Wilmowski a. a. O. Anm. 2 vor § 57; Petersen-Kleinfeller Anm. 3 vor § 57; Mandry-Geib § 28 Anm. 39 S. 353; Hagens in der Reichstagskommission zur Beratung der KO., Prot. S. 109.

[2]) Genau so wie der Vollmachtgeber sich selbst bei Eingehung einer beliebigen Schuld derartig verpflichten könnte, daß er nur mit bestimmten Vermögensbestandteilen haftet. Vgl. Dernburg Bd. 2, 1 S. 16; Planck S. 8; Rehbein S. 11. Ganz ähnlich wie im vorliegenden Fall war die Regelung beim peculium. Der Gewalthaber wurde kraft Stellvertretung persönlich durch die Handlungen des Unterworfenen verpflichtet; aber Vertretung und Haftung waren begrenzt durch den zufälligen Umfang des peculium. Vgl. Schultze a. a. O. S. 46.

heit entnehmen, mit der die Verwaltung der Konkursmasse geführt wird. Andererseits können Massegläubiger, denen der Gemeinschuldner schon vor Konkursbeginn persönlich verhaftet war, durch die Konkurseröffnung nicht schlechtergestellt werden. Es liegt kein Grund für die Annahme vor, daß die Haftung erlösche.

Der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger verpflichtet diese, die Konkursgläubiger sind demnach Schuldner der Massegläubiger. Grundsätzlich haften sie als solche wiederum unbeschränkt.[1])

Diese Konsequenz zieht indessen niemand. Es wird vielmehr allgemein angenommen, daß die Konkursgläubiger nur mit dem Beschlags- (Gemeinschafts-) Vermögen haften (z. B. Seuffert, Konkursprozeß S. 240; Kohler, Leitfaden S. 204).

Seuffert erklärt dies allerdings noch in „Zur Geschichte usw." S. 172 für nicht zweifellos. Für die Annahme einer beschränkten Haftung führt man zunächst die Verweisung der Massegläubiger auf die Konkursmasse (§ 57 KO.) an, ferner die Erwägung, daß eine weitergehende Haftung praktisch sehr schwer realisierbar wäre, weil sie sich auf die einzelnen Konkursgläubiger pro rata ihrer Forderung verteilen würde (Seuffert, Zur Geschichte usw. S. 172). Es bestehe ferner kein praktisches Bedürfnis nach weitergehender Haftung der Konkursgläubiger, da die Massegläubiger doch in den weitaus meisten Fällen aus der Masse befriedigt werden können (Seuffert ebenda S. 172). Wie aber im einzelnen diese beschränkte Haftung gedacht wird, kommt nirgends zum Ausdruck. Findet man im § 57 eine direkte Haftung mit fremdem Vermögen angeordnet? (Die Konkursgläubiger haften mit dem Vermögen des Gemeinschuldners?) Oder haften die Konkursgläubiger mit einem Teil ihres eigenen Vermögens, mit ihrem Rechte auf die Konkursmasse, das doch nicht identisch ist mit den einzelnen Konkursmassegegenständen, vielmehr aus dem Pfandrechte der Konkursgläubiger an der Konkursmasse gebildet wird. Bei Unterstellung einer Haftung mit fremdem Vermögen vermöchten die

---

[1]) So in der Tat für das gemeine Recht v. Bayer, Theorie des Konkursprozesses § 50 a. E. und die Note zum Erkenntnis des OLG. Dresden v. 18. 4. 1873 in Seufferts Arch. Bd. 30 S. 298; ferner Schweppe, System § 59 S. 85 u. a.

Massegläubiger sich ohne weiteres aus der Konkursmasse zu befriedigen, ohne Rücksicht auf die Konkursgläubigerforderungen; während, falls die Konkursgläubiger nur mit ihrem eigenen Gemeinschaftsvermögen haften, die Massegläubiger ein Recht auf die Konkursmasse nur entsprechend dem Rechte der Konkursgläubiger haben. Der Unterschied mag an einem allerdings praktisch sehr fern liegenden Falle erörtert werden. Das Konkursverfahren ist auf Antrag des einzigen angeblichen Gläubigers A eröffnet worden. Es entstehen Masseschulden. Darauf wird im Wege der Feststellungsklage zwischen A und dem Konkursverwalter festgestellt, daß A nicht Gläubiger ist. A hat daher auch keinen Anspruch auf die Konkursmasse. Man kann die Masseschulden nicht mehr als zweckentsprechende Kosten der Zwangsvollstreckung auffassen, die zu der Forderung des Gläubigers A hinzutreten und vom Schuldner mit zu ersetzen sind, so daß sich sein Anspruch gegenüber der Konkursmasse um diese Summe vermehrte (vgl. Seuffert, Zur Geschichte usw. S. 170). Ist hiernach gar kein Konkursgläubigervermögen vorhanden, so fehlte es den Massegläubigern trotz vorhandener Konkursmasse an einem Befriedigungsobjekt. Denn Befriedigungsobjekt soll ja nur das Gemeinschaftsvermögen sein. Daß solches Resultat nicht gewollt sein kann, leuchtet ein. Man wird daher die Haftung der Konkursmasse als eine Haftung der Konkursgläubiger mit fremdem (gemeinschuldnerischem) Vermögen aufzufassen haben und dahin auch Seuffert und Kohler verstehen müssen, wenn sie in zweideutiger Weise von einer Haftung mit dem Gemeinschafts- (Beschlags-) Vermögen sprechen.

Eine Heranziehung des Gemeinschuldners zur Begleichung der Masseschulden und -kosten aus seinem konkursfreien Vermögen ist für diese Theorie in jedem Falle ausgeschlossen.

Bildet die Konkursmasse eine juristische Person, so steht diese den Massegläubigern als Schuldnerin gegenüber und haftet ihnen mit ihrem Vermögen, also mit der Konkursmasse (vgl. v. Völderndorff Bd. 1 S. 592). Bei Aufhebung der Verwaltung würde eine Rechtsnachfolge des Gemeinschuldners anzunehmen sein. Die Rechtsnachfolge tritt kraft Gesetzes ein. Das Vermögen als Ganzes geht uno actu über, ohne daß eine Übertragung der einzelnen Gegenstände stattfindet. Es fragt sich, ob

hiermit gleichzeitig ein Übergang der Schulden verbunden ist. Es liegt nahe, sich bei der Beantwortung die §§ 303 ff. HGB. und § 519 BGB. gegenwärtig zu halten. In ihnen handelt es sich jedenfalls um den Übergang des ganzen Vermögens einer Person, die dann (in §§ 303 ff. HGB.) zu existieren aufhört. In allen diesen Fällen kommt übereinstimmend zum Ausdruck, daß einem Gläubiger nur Ansprüche auf das Vermögen seines ursprünglichen Schuldners zustehen. Der Übernehmer des Vermögens haftet grundsätzlich nur beschränkt auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Nur dieses Recht soll dem Gläubiger gesichert werden, wenn Liquidation, Gläubigeraufnahme und Sperrjahr vorgeschrieben werden, und nur, wo dieses Recht infolge fehlender Liquidation usw. nicht gesichert erscheint, ist eine unbeschränkte Haftung des Übernehmers angeordnet. Eine derartige Beschränkung eines Gläubigers auf das Vermögen seines ursprünglichen Schuldners als Befriedigungsobjekt entspricht auch dem Rechtsgefühl, dem die Besserstellung eines Gläubigers durch die Vermögensübernahme unbegründet vorkommt.

Danach würde auch der frühere Gemeinschuldner den Massegläubigern nur mit der Konkursmasse haften. Denn der Umfang der Konkursmasse steht ohne Zweifel durch das vorangegangene Konkursverfahren fest, und von einer Benachteiligung durch den Zugriff anderer Gläubiger sind sie hinreichend durch ihr Vorrecht geschützt (zu dem gleichen Resultat kommt v. Völderndorff Bd. 1 S. 597 a. E. ohne nähere Angabe von Gründen).

Auch soweit man der Konkursmasse Rechtspersönlichkeit nicht zubilligt, sieht man die Masseverbindlichkeiten als Verbindlichkeiten des Sondervermögens an (Hellwig, Anspruch S. 241/43), für welche dieses haftet. Bei Aufhebung des Konkursverfahrens findet zwar keine Rechtsnachfolge in das bisher eine Vermögenseinheit nach außen hin darstellende Sondervermögen statt; die Konkursmasse kommt vielmehr lediglich in die Verwaltung seines Subjekts zurück. Die Verwandtschaft dieser Übernahme eines Sondervermögens mit dem oben besprochenen Falle der Rechtsnachfolge in ein solches ist unverkennbar und dementsprechend die Anwendung der für die Rechtsnachfolge aufgestellten Grundsätze un

bedenklich. In beiden Fällen wäre demnach nur eine beschränkte Haftung des Gemeinschuldners primär anzuerkennen.

Damit steht die Annahme unbeschränkter Haftung aus besonderen Gründen nicht im Widerspruch, so insbesondere bei einem Schuldverhältnis, das schon vor Konkurseröffnung bestand, aus dem der Gemeinschuldner also bereits unbeschränkt haftete (Hellwig, Anspruch S. 243 u. Anm. 30 das.; v. Völderndorff S. 598).

Zu welchen Ergebnissen kommt die Amtstheorie? Ein Beamter übt grundsätzlich Hoheitsrechte des Staates aus und tritt daher nicht in den Formen des Zivilrechts auf, das zur Regelung der Rechtsverhältnisse gleichgeordneter Rechtssubjekte dient. Von diesem Unterschiede geht Lippmann (in Iherings Jahrb. Bd. 41) rücksichtlich der Masseschulden und -kosten aus. Danach handelt der Verwalter nicht als zivilrechtliche Person in dem Sinne, daß seine Handlungen eine andere beim Konkurs beteiligte Person, sei es dem Gemeinschuldner, sei es die Konkursgläubiger, verpflichten. Auch sich selbst verpflichtet der Verwalter nicht. „Für sie (die Masseschulden) gibt es überhaupt kein verpflichtetes Subjekt" (a. a. O. S. 224). Die Verantwortlichkeitspflicht des Verwalters ist das Surrogat für das Fehlen eines für die Leistung selbst zivilrechtlich verpflichteten Subjekts. „Ein Schuldner selbst steht danach den Massegläubigern nicht gegenüber. — Zur Befriedigung der Massegläubiger dient die Konkursmasse. Die Befriedigung können sie jedoch nicht im Wege der Verurteilung zur Zahlung und der Zwangsvollstreckung verfolgen. Sie haben zunächst nur die Möglichkeit, die „Fürsorgepflicht des Verwalters zu wecken dadurch, daß sie sich beim Verwalter mit dem Anspruche melden" (S. 226). Eine „zivilistische Form" nimmt dieser Masseanspruch nach Lippmann erst an, wenn der Verwalter vor Aufhebung des Konkurses es unterläßt, die Masseansprüche trotz Anmeldung zu befriedigen oder sicherzustellen. Er verwandelt sich dann in einen obligatorischen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Person des Verwalters. Auch eine Verwandlung in die zivilistische Form der Kondiktion gegen die Konkursgläubiger soll möglich sein (S. 226).

Ein Rückgriff der Massegläubiger bei Insuffizienz der Masse

auf Gemeinschuldner, Konkursgläubiger oder Konkursverwalter ist folgerichtig ausgeschlossen.

Der Anspruch der Massegläubiger ist nach all dem nicht zivil-, sondern öffentlichrechtlichen Charakters.

Die Schlußfolgerungen Lippmanns von der Amtsstellung des Konkursverwalters auf das Wesen der durch diese Amtsführung hervorgerufenen Masseverbindlichkeiten sind sicherlich durchaus berechtigt. Andere Anhänger der Amtstheorie kommen zu anderem Resultate mit gleichem Recht. Es ist eben alles davon abhängig, welche Befugnisse man mit dem „Amt" des Konkursverwalters verbindet. Da das Gesetz nichts sagt, ist freister Spielraum. Im Gegensatz zu der besprochenen Ansicht Lippmanns nimmt man zumeist für das Amt des Konkursverwalters die Macht in Anspruch, den Gemeinschuldner zivilrechtlich zu verpflichten,[1]) allerdings nicht schlechthin, sondern nur bezüglich der Konkursmasse (Kiehl ebenda). Die Masseschulden sind danach Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, für die er mit der Konkursmasse haftet. Der Konkursverwalter selbst verpflichtet sich auch nach der Amtstheorie rechtsgeschäftlich niemals (ausdrücklich Kiehl S. 299 Anm. 9). Bei Aufhebung des Konkursverfahrens können sich dementsprechend nicht befriedigte Massegläubiger an den Gemeinschuldner wenden. Er haftet mit den Stücken, die aus der Konkursmasse an ihn zurückgelangt sind, nicht darüber hinaus (vgl. auch RG. Bd. 27 S. 113 Bd. 32 S. 72, 73).

§ 5.

Wer ist Partei in Prozessen des Konkursverwalters?

Für die Prüfung der auf zivilprozessualem Gebiete liegenden Streitfragen bedarf es zunächst der Feststellung, wer nach den einzelnen Konkursverwaltertheorien Partei in den etwaigen Prozessen des Konkursverwalters ist. Naturgemäß wird das jeweils

[1]) z. B. ausgesprochenermaßen Kiehl a. a. O. S. 299 Anm. 8. „Dieses ist m. E. deswegen der Fall, weil der Konkursverwalter nur die Befugnis und auch nur den Willen haben kann, den Gemeinschuldner in Ansehung der Konkursmasse zu verpflichten".

vom Konkursverwalter vertretene Rechtssubjekt (Gemeinschuldner, Konkursgläubiger, Konkursmasse) oder — von der Amtstheorie — der Verwalter selbst als Partei betrachtet. Bei der Selbstverständlichkeit dieser Schlußfolgerung bedarf es nur einiger Hervorhebungen.

In Betracht kommen Prozesse betreffend die Aktiv- und solche betreffend die Passivmasse.

Es ist zunächst unbedenklich, ja das einzig Folgerichtige, den Konkursverwalter, wenn man ihn für den Vertreter des Gemeinschuldners hält, als Partei in Absonderungs-, Massefchuld- und in Prozessen betreffend die Passivmasse anzusehen. Darüber herrscht kein Streit. Dagegen glaubt man (vgl. z. B. Oetker, Grundbegriffe S. 317) die Vertretungstheorie gerade in unüberwindliche Schwierigkeiten bei Aktivprozessen und bei Aussonderungsprozessen. Die Schwierigkeiten werden darin gefunden, daß im Falle eines Unterliegens des Konkursverwalters feststehe, der Gegenstand habe nicht zur Konkursmasse gehört und sei infolgedessen nicht der Vertretungsmacht des Verwalters unterworfen gewesen. In dieser Beziehung ist bei der Aussonderung (vgl. oben S. 7 fg.) nachzuweisen versucht, daß die Vertretung des Konkursverwalters nicht eine Vertretung in den einzelnen dem Gemeinschuldner an den Konkursmassegegenständen zustehenden Rechten sei, sondern eine solche der gesamten Rechtspersönlichkeit des Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse, und daß bei Annahme einer derartigen Vertretungsmacht die behaupteten Schwierigkeiten fortfielen. Es wird des näheren auf die Ausführungen oben verwiesen. In gleicher Weise lösen sich die der Theorie zum Vorwurf gemachten Widersprüche bei Aktivprozessen. Es handelt sich ja hier um die gleiche Frage: Kann der Verwalter auch dann als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden, wenn festgestellt wird, daß der umstrittene Gegenstand dem Dritten und nicht dem Gemeinschuldner gehört?

Eine selbstverständliche keiner weiteren Erwähnung bedürftige Konsequenz ist es auch, den Gemeinschuldner als Partei in Anfechtungsprozessen zu bezeichnen, wenn man den Anfechtungsanspruch für einen Bestandteil der Masse hält, deren vom Kon-

kursverwalter vertretenes Subjekt der Gemeinschuldner ist (vgl. z. B. Petersen Anm. 1 zu § 36 KO.).

Für die Konkursgläubigervertretungstheorie ist bezüglich der Anfechtungsprozesse hervorzuheben, daß die Konkursgläubiger hier als Partei erscheinen, nicht kraft ihres Pfandrechts am gemeinschuldnerischen Vermögen, sondern als Subjekte eines eigenen Anfechtungsrechts. Wie für diese Theorie die Parteistellung der Gläubiger in Aussonderungs- und Masseprozessen zu begründen ist, ergibt sich aus dem oben §§ 3 und 4 Gesagten. Bei der Aussonderung sind sie nach unserer Ansicht Gegner des Widerspruchsrechts, sie vertreten ihr behauptetes Pfandrecht und sind als solche Partei. Bei den Masseprozessen sind sie es deswegen, weil die Masseschulden Schulden der Konkursgläubiger sind. Sie sind hier also unmittelbar als Selbstschuldner Partei und machen nicht ihr Pfandrecht angriffs- oder verteidigungsweise geltend. Sie bezwecken allerdings, die Pfandgläubiger von einem Zugriff auf die Konkursmasse abzuhalten, der ihr Pfandrecht schmälern würde. Aber ihre Parteistellung ergibt sich darum natürlich doch nicht aus dem Pfandrecht. In Aktivprozessen streiten die Konkursgläubiger kraft ihres eigenen Pfand- (Beschlags-) Rechts als Partei. Ebenso sind in Absonderungsstreitigkeiten als Inhaber des Pfandrechts legitimiert: Der Absonderungsberechtigte als prior creditor klagt gegen den besitzenden creditor posterior, gegen die Konkursgläubiger als Inhaber des Generalpfandrechts. Dagegen folgt die Parteistellung in Prozessen über die Passivmasse nicht aus dem Pfandrecht der Konkursgläubiger, sondern ist das Korrelat zu dem ihnen besonders verliehenen Bestreitungsrecht.

Ist die Konkursmasse das vertretene Rechtssubjekt, so ist sie auch in den von dem Verwalter geführten Prozessen die vertretene Partei. Es bedarf das keiner näheren Begründung.

Nach der Amtstheorie gehört zu den Befugnissen des Amtsträgers auch die, Ansprüche, welche zur Konkursmasse gehören, im Prozesse zu verfolgen, sowie Ansprüche Dritter auf die Masse als Befriedigungsobjekt, welche prozessualisch geltend gemacht werden, abzuwehren. Diese Befugnis sei dem Konkursverwalter zwar

nicht ausdrücklich beigelegt, sondern in der Erteilung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes mitinbegriffen. Daß dem so sei, erhelle auch aus der gleichartigen Regelung in den gleich liegenden Fällen des § 872 Abs. 3 und § 1899 BGB.

Es entspricht völlig der Grundanschauung der Amtstheorie, nach welcher der Konkursverwalter kraft eigenen Rechts, nicht als Vertreter irgend jemandes handelt, auch im Prozeß den Konkursverwalter als Partei anzusehen, als Partei kraft Amtes. Das kann nicht bestritten werden. Eine andere Frage ist es, ob die Anwendung dieses Parteibegriffs (z. B. auf die Regelung der Rechtskraft usw.) unerfreuliche Ergebnisse liefert, was erst später zu untersuchen ist. Der Konkursverwalter streitet also nach der Amtstheorie als Partei über Rechte des Gemeinschuldners, nicht als Subjekt dieser Rechte, auch nicht kraft eines Rechtes an dem Rechte des Gemeinschuldners, sondern aus seinem Amtsrecht heraus.[1])

So wechselt mit der Auffassung von der Stellung des Konkursverwalters auch die Entscheidung, wer in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen Partei ist. Hieraus entwickeln sich aber weitere Zwiespältigkeiten in anderen prozeßrechtlichen Fragen.

§ 6.

Kann der Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters als Zeuge vernommen werden?

Nach der bisher herrschenden Lehre kann als Zeuge nicht vernommen werden, wer Partei ist. Ist aber der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners, so erscheint der Gemeinschuldner als Partei und daher unfähig, als Zeuge vernommen zu werden. Dieses mißliebige Resultat bildete im Kampf um die Stellung des Konkursverwalters einen der wichtigsten Gegengründe gegen die Theorie, die in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sieht (vgl. z. B. Henrici im Sächs. Arch. Bd. 2 S. 337). Es ist ja in vielen Fällen auch in der Tat

[1]) vgl. dazu Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 326 ff., insbes. S. 374; Oetker Grundbegriffe S. 317.

dringend erwünscht, die Tatsachenkenntnis des Gemeinschuldners durch Zeugenbeweis in Prozessen des Verwalters verwerten zu können.

Mit Recht findet jedoch jetzt diejenige Ansicht mehr und mehr Anklang, welche für zeugnisfähig jede Person hält, die im konkreten Prozesse nicht den Parteieid zu leisten hat. Diese Abgrenzung verdient den Vorzug. Denn es ist davon auszugehen, daß das Gesetz dem Richter die Tatsachenkenntnis möglichst aller Personen lückenlos für die Entscheidung eines Rechtsstreits zur Verfügung stellt. Da das Gesetz über die Abgrenzung des Zeugenbegriffs schweigt, die Zulassung zum Eide dagegen regelt, so ergibt sich, daß Zeugen alle Personen sein können, die im konkreten Prozeß nicht den Parteieid, sei es auch nur den richterlichen, zu leisten haben. Die beiden Vorschriften ergänzen sich gegenseitig.[1])

Folgt man ihr, so steht der Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen nichts entgegen, auch wenn er Partei ist. Denn der Parteieid ist nach § 473 ZPO. von dem Konkursverwalter als dem gesetzlichen Vertreter zu leisten. Es ist dabei ohne Bedeutung, ob man den Gemeinschuldner für nicht prozeßfähig oder für prozeßfähig hält. Ist er prozeßfähig, so fehlt ihm doch die Prozeßführungsbefugnis, so daß seinem Zweck entsprechend aus diesem Grunde § 473 Anwendung zu finden hat (vgl. Seuffert Bem. 2 zu § 373; Jaeger, KO. Anm. 32 zu § 6).

Für alle diejenigen, die dieser Grenzziehung zwischen Zeugenbeweis und Parteieid nicht folgen können, ist die Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen im Prozesse des Konkursverwalters ausgeschlossen, falls sie in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sehen.[2])

Die übrigen Theorien kommen in jedem Falle zur Bejahung der Zeugnisfähigkeit des Gemeinschuldners. Der Konkursverwalter führt ja nach ihnen den Prozeß im eigenen Namen oder wenig-

---

[1]) vgl. Stein Vorbem. 1 vor § 373; Seuffert, ZPO. N. 2 zu § 373; Schmidt 2. Aufl. § 81, 2 S. 499 ff.; Jaeger, KO. § 6 Anm. 34; L. Z. Bd. 4 S. 153 ff.; and. A. die übrigen Kommentare zur ZPO.

[2]) Voigt S. 97; Petersen-Kleinfeller Anm. 14 zu § 6 KO.; Petersen-Anger, ZPO. 4. Aufl. Vorbem. 5 vor § 373; bisher Jaeger § 6 Anm. 14.

stens nicht in Vertretung des Gemeinschuldners, so daß an eine Parteistellung des Gemeinschuldners nicht gedacht werden kann.[1])

§ 7.

Kann der Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters intervenieren?

Die Mehrzahl der Schriftsteller, die in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sehen, verneinen die Frage. Da Nebenintervenient nur sein kann, wer nicht Partei ist, folgern sie daraus, daß der Gemeinschuldner und er allein Partei in den Prozessen des Konkursverwalters bleibt, seine Unfähigkeit, als Nebenintervenient aufzutreten.[2])

Abweichend hiervon hält Jaeger eine Nebenintervention des Gemeinschuldners für zulässig, weil er durch den Verwalter nur in Ansehung des konkursbefangenen Sondervermögens vertreten als Subjekt seines konkursfreien Vermögens aber nicht beteiligt und insofern Dritter sei (Anm. 33 zu § 6).

Die Bedenken dagegen, dieselbe Rechtspersönlichkeit als Subjekt einer Vermögensmasse gegenüber sich selbst als Subjekt einer anderen Vermögensmasse als Dritten zu bezeichnen, sind auch hier erhoben, jedoch wohl zu Unrecht in Anbetracht der Tatsache, daß das Gesetz auf anderen Gebieten eine derartige Zweiteilung der Rechtspersönlichkeit anerkannt hat: zwischen Erbschaft und dem eigenen Vermögen des Erben, zwischen der offenen Handelsgesellschaft und den Gesellschaftern.

Die Konkursverwaltertheorie würde von diesem Standpunkt aus einer Nebenintervention des Gemeinschuldners nicht entgegenstehen.[3])

Für die übrigen Theorien bestehen die eben erörterten

---

[1]) vgl. RG. Bd. 29 S. 29ff.; Kohler, Leitfaden S. 239; Hellmann, Lehrb. S. 641.

[2]) Schultze S. 94/95; Voigt S. 97, 166, 181; Petersen Anm. 11 zu § 66 ZPO., Anm. 8 zu § 11 KO.; Wilmowski Anm. 3 zu § 11, Anm. 6 zu § 10.

[3]) Aus den gleichen Gründen zustimmend auch Wolff in ZZP. Bd. 29 S. 216.

Bedenken nicht: Der Gemeinschuldner ist nach ihnen Dritter gegenüber der Prozeßpartei und daher bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 66 ZPO. als Nebenintervenient zuzulassen.[1])

Soweit sie dennoch eine solche Nebenintervention des Gemeinschuldners ablehnen, tun sie es aus Gründen, die außerhalb ihrer Konkursverwaltungstheorie liegen und deshalb hier nicht zu prüfen sind.[2])

§ 8.

Hat das in Prozessen des Konkursverwalters ergangene Urteil auch Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner?

Von ungleich größerer Wichtigkeit ist die Verschiedenheit der Resultate, zu welchen die einzelnen Konkursverwaltertheorien bei Beantwortung der Frage nach der Rechtskraftwirkung von Urteilen in Prozessen des Konkursverwalters für und gegen den Gemeinschuldner gelangen müssen.

Vorweg auszuscheiden für die Betrachtung sind dabei die Prozesse betr. die Passivmasse. Die Regelung des § 164 KO. verbietet, für sie in jedem Falle eine Rechtskraftwirkung der für oder gegen den Konkursverwalter ergangenen Urteile für oder gegen den Gemeinschuldner anzunehmen. Aus Abs. 2 § 164 KO. ergibt sich zunächst, daß die im Konkurse erfolgte Feststellung, auch wenn sie im Prozeß erfolgt ist, kein Urteil gegen den Gemeinschuldner bildet. Das Bestreiten der Forderung durch den Gemeinschuldner wäre sonst wertlos. Es ist aber weiter davon auszugehen, daß § 164 KO. abschließend bestimmen will, inwieweit die während des Konkurses bezüglich einer Konkursforderung er-

---

[1]) Kohler, Leitfaden S. 239; Seuffert, Konkursprozeß S. 183; Hellmann, Lehrb. S. 641; KG. in Rspr. Bd. 20 S. 297.

[2]) Sarwey-Bossert Anm. 3 b zu § 10: Der Gemeinschuldner habe nur ein tatsächliches Interesse, für dessen Wahrnehmung der Konkursverwalter berufen sei; Oetker in ZZP. Bd. 25 S. 43: Weil die Prozeßunfähigkeit des Kridars gerade zur Verhinderung wirksamer Prozeßführung von seiner Seite ausgesprochen sei; Lippmann in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 173/74: Der Exekutionszustand, in dem sich der Gemeinschuldner gegenüber den Konkursgläubigern befindet, hat ihm auch das Recht, prozeßmäßig zu verhandeln, tatsächlich entzogen; Mot. Bd. 2 S. 44: Weil der Gemeinschuldner aufgehört habe, Partei zu sein.

folgenden Feststellungen Wirkung hinsichtlich der Person des Gemeinschuldners haben. Daher ist aus ihm ferner zu entnehmen, daß der Gemeinschuldner ein die geltend gemachte Konkursforderung rechtskräftig verneinendes Urteil des Konkursverwalters auch nicht für sich in Anspruch zu nehmen vermag.[1])

Ebenso kann im folgenden von den Anfechtungsprozessen abgesehen werden, da die Rechtskraft einer Entscheidung in Anfechtungsprozessen ja nur während des Konkurses von Wichtigkeit ist, in diesem Zeitpunkt aber wiederum ganz gleichgültig ist, ob Rechtskraft gegenüber dem Gemeinschuldner vorhanden ist oder nicht (vgl. auch Hellwig, Anspruch S. 261 Anm. 19).

Es handelt sich also im folgenden um Aktivprozesse, Aussonderungs-, Absonderungs- und Masseprozesse.

Ist der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners, so wirkt ein Urteil in den hier fraglichen Prozessen des Konkursverwalters nach § 325 Abs. 1 ZPO. für und gegen den Gemeinschuldner, der als Subjekt seines konkursbefangenen Sondervermögens die vom Verwalter vertretene Partei ist. Die Wirksamkeit des Urteils ist auch nicht auf die Dauer des Konkurses beschränkt. Es widerspräche durchaus dem Wesen der Stellvertretung, wollte man mit ihrem Wegfall die Gebundenheit des Vertretenen an die Ergebnisse der Stellvertretung aufhören lassen.[2])

Eine rechtskräftige Entscheidung liegt aber nur hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen gemeinschuldnerischen Vermögens vor, die bezüglich dieses Vermögens allerdings eine endgültige, den Konkurs überdauernde ist. Dagegen kann der Inanspruchnahme einer Sache seitens des Gemeinschuldners, die mit der Begründung erfolgt, die Sache sei sein nach der Konkurseröffnung erworbenes Eigentum, nicht die Einrede der Rechts-

---

[1]) So auch Petersen-Kleinfeller Anm. 10 zu § 164; Sarwey-Bossert Anm. 9 zu § 164; v. Völderndorff Anm. 6 zu § 364; v. Wilmowski Anm. 9 zu § 164.

[2]) Übereinstimmend Petersen-Kleinfeller Anm. 6 zu § 11; v. Wilmowski Anm. 7 zu § 10, Anm. 3 zu § 11; Jaeger Anm. 34 zu § 6; Voigt S. 107; Wach Bd. 1 S. 545; Fitting, Konkursordnung S. 57; Petersen in ZZP. Bd. 18 S. 47 ff.

kraft deswegen entgegengehalten werden, weil zwischen Konkursverwalter und Dritten rechtskräftig entschieden ist, die Sache gehöre dem Dritten. Läßt man trotz der auf die Konkursmasse beschränkten Vertretungsmacht des Konkursverwalters eine solche absolute Entscheidung zu, so ist sie doch nur dahin zu verstehen, daß mit ihr lediglich eine Entscheidung gegenüber dem Rechtssubjekt der Konkursmasse erfolgt, demgegenüber der Gemeinschuldner als Rechtssubjekt seines übrigen Vermögens ein Dritter ist.

Zu anderen Resultaten bezüglich der Rechtskraft kommt Schultze auf Grund seiner im Umfang der Stellvertretung abweichenden Stellvertretungstheorie. Er meint (S. 97): Sei der die Aktivmasse betreffende und durch die Konkurseröffnung unterbrochene Prozeß lediglich von dem Verwalter oder gegen den Verwalter aufgenommen, so wirke das in ihm ergangene Urteil auch nur in den Schranken der Stellvertretung, d. h. nur mit Rücksicht auf den Konkursanspruch und den Konkurs, nicht aber über diese Schranken hinaus. Sein Gedankengang ist dabei folgender: Die Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter finde nur statt behufs Realisierung des Konkursanspruchs der Gläubiger. Nur soweit dieser Zweck Handlungen des Verwalters nötig mache, vertrete er den Gemeinschuldner. Die Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter sei daher nicht eine unbeschränkte, sondern sie sei subjektiv und objektiv begrenzt: subjektiv auf sein Verhältnis zu den Konkursgläubigern und deren Konkursanspruch, objektiv durch den Umfang des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens. Hiernach sei auch die Wirksamkeit eines gegenüber dem Konkursverwalter ergangenen Urteils für und gegen den Gemeinschuldner zu bestimmen. Diesem Stellvertretungsbegriff entsprechend sei z. B., wenn der Verwalter mit einem Vindikationsanspruche abgewiesen werde, nur entschieden, daß der Gegenstand nicht Befriedigungsobjekt für den Konkursanspruch sei, d. h. daß er nicht zur Masse gezogen werden könne.

Die Entscheidung wirkt gemäß der oben zitierten objektiven Begrenzung der Stellvertretung nur hinsichtlich der Konkursmasse, insbesondere also überhaupt nicht nach Aufhebung des Konkurses, denn dann gibt es überhaupt kein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen des Gemeinschuldners mehr (S. 97 u. 75).

Ebenso müßte Schultze wohl trotz einer im Konkurs erfolgten urteilsmäßigen Feststellung zugunsten des Verwalters, daß ein Gegenstand zur Konkursmasse gehöre, dem Gemeinschuldner die Einrede der Rechtskraft bei erneutem Andringen des Gegners nach Beendigung des Konkurses, z. B. durch Zwangsvergleich, versagen.

Entscheidend ist hiernach, ob eine Begrenzung der Stellvertretung, so wie sie Schultze vorschlägt, möglich und geboten ist. Darauf einzugehen, liegt außerhalb des Zweckes der Aufgabe. Nimmt man jedoch den Schultzeschen Stellvertretungsbegriff an, so muß man auch wie er die Rechtskraft begrenzen. Schultze beruft sich für die Richtigkeit seiner Behauptung insbesondere auf die entsprechende ausdrückliche Regelung rücksichtlich der auf die Passivmasse bezüglichen Prozesse und glaubt, daß die Rechtskonsequenz gleiches für die Prozesse der Aktivmasse fordere. Dem ist jedoch nicht so. Wie die Motive (I Bd. 1 S. 39 ff.) hervorheben, ist bei den Passivprozessen die Wirksamkeit der Erklärungen des Konkursverwalters deshalb auf das Konkursverfahren beschränkt, weil der erhobene Anspruch nichts anderes verfolge als die Beteiligung am Verfahren. Dagegen handelt es sich bei den in Aktivprozessen und in Passivprozessen der Aktivmasse verfolgten Ansprüchen nicht um derartige, die logischerweise nur eine Existenz für den Konkurs haben, vielmehr um allgemeine, vom Konkurs gänzlich unabhängige Rechtsbeziehungen zu einem bestimmten unter die Disposition des Verwalters fallenden Gegenstande; die aus § 164 KO. entnommene Stütze entfällt also.[1])

Wer in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sieht, muß m. E. auch die Rechtskraft für und gegen den Gemeinschuldner bejahen.

Anders wer ihn für den Vertreter der Konkursgläubiger hält. Der Konkursverwalter übt bei dieser Auffassung das Pfandrecht der Konkursgläubiger in deren Vertretung aus, wenigstens ist dies bei den Aktivprozessen, Aussonderungs- und Absonderungsprozessen der Fall, während die Konkursgläu-

---

[1]) Gegen Schultze auch Seuffert, Zur Geschichte usw. S. 120 Anm. 9; Jaeger Anm. 34 zu § 6.

biger bei Masseprozessen nicht ihr Pfandrecht vertreten, sondern als Selbstschuldner Partei sind (vgl. oben S. 31).

Die Konkursgläubiger machen also — von Masseprozessen abgesehen — ihr Pfandrecht mit der Pfandklage geltend und bekämpfen die bezüglich der Massegegenstände behaupteten dinglichen Ansprüche, insbesondere Eigentumsansprüche Dritter insoweit, als durch deren Geltendmachung ihr Pfandrecht beeinträchtigt wird. Das Recht des Gemeinschuldners kommt grundsätzlich nur mittelbar in Frage, in Aktivprozessen insofern ein Pfandrecht der Konkursgläubiger allein am Konkursvermögen des Gemeinschuldners existiert, in Absonderungsrechtsstreitigkeiten in gleicher Weise wie beim Pfändungspfandrecht, wo der Pfändungspfandgläubiger durch Verteidigung der Priorität seines Pfändungspfandrechts den gepfändeten Schuldner mittelbar schützt. Die Konkursgläubiger würden mit Rücksicht auf die Eigenart des Pfandrechtes, das nur an Gegenständen des Schuldners existieren kann, allerdings auch für befugt zu erachten sein, unmittelbar Eigentumsfeststellungsklage zu erheben (contra Petersen in Gruchot Bd. 34 S. 787). In jedem Falle geht aber die Klageaktion aus dem Pfandrecht der Konkursgläubiger hervor und entspricht der eines Nutzpfandgläubigers. Die Entscheidung im Prozesse zwischen Pfandgläubiger (Pfändungspfand- oder Nutzpfandgläubiger) und Dritten ist aber grundsätzlich nicht wirksam gegenüber dem Schuldner, und so müßte man auch zu dem gleichen Resultat für Prozesse der Konkursgläubiger, vertreten durch den Konkursverwalter, mit Dritten gelangen.[1])

In der Tat verneint Hellmann folgerichtig die Rechtskraft eines für oder gegen den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger ergangenen Urteils für oder gegen den Gemeinschuldner (a. a. O. S. 639).

Von anderer Seite (Kohler, Leitfaden S. 238/39; Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 183) wird dagegen teils bestimmt, teils zögernd für die Konkursgläubiger das Recht in Anspruch genommen, mit Wirkung auch gegenüber dem Gemeinschuldner zu

---

[1]) Petersen in Zeitschr. Bd. 17 S. 186—188; Sächs. Arch. Bd. 1 S. 23; Gruchot Bd. 34 S. 786—788; Hellwig, Anspruch S. 259 Anm. 13.

prozessieren. Jedoch zu Unrecht. Es kann allerdings zweifellos auch ein nur dinglich Berechtigter die Befugnis haben, mit Wirkung für und gegen den Inhaber des Grundrechts über das Grundrecht zu prozessieren, das Recht der Prozeßstandschaft (z. B. der Ehemann kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes): Bei einem Pfandgläubiger würde dieses Recht aber etwas Eigenartiges sein.[1])

Insbesondere wäre die Behauptung für das Konkursgläubigerpfandrecht merkwürdig. Denn man hat von der Existenz eines Verwaltungs- und Verfügungsrechtes — § 6 Abs. 2 KO. — erst auf die eines Pfandrechts geschlossen. Das Pfandrecht der Konkursgläubiger sollte in ihrem Verwaltungs- und Verfügungsrecht in die Erscheinung treten. Etwas sonst nicht in die Erscheinung Tretendes kann doch aber immer nur an einer seinem Wesen entsprechenden Äußerung erkannt werden. Dem Wesen des Pfandrechts entspricht aber ein so weit gehendes Recht unbestreitbar nicht. Das verkennen auch die Anhänger dieser Konkursverwaltertheorie nicht. So sagt Seuffert (Deutsches Konkursprozeßrecht S. 183 Anm. 10) ausdrücklich: „Zweifellos ist die Sache (Rechtskraft gegenüber dem Gemeinschuldner) übrigens nicht; denn die Rechtskraft des Urteils, das im Prozesse des Pfandgläubigers gegen einen Dritten über den Pfandgegenstand ergeht, ist im allgemeinen nicht wirksam gegenüber dem Schuldner". Seuffert glaubt jedoch, daß sich die Wirksamkeit des Urteils gegenüber dem Schuldner daraus ergäbe, „daß die Konkursordnung der Gläubigerschaft den Eintritt in den Prozeß an Stelle des Gemeinschuldners gestattet und diesem für die Zeit des Konkurses die Parteistellung entzieht (a. a. O. S. 183 Anm. 10).

Mit Recht wendet sich hiergegen Hellmann (a. a. O. S. 639), der den Standpunkt Seufferts hinsichtlich der Konkursgläubiger und des Konkursverwalters teilt. Aus der Entziehung der Parteistellung folgt auch für Hellmann weiter nichts, als daß der Gemeinschuldner während des Konkurses außerstand gesetzt werden soll, die Wege des Verwalters zu

---

[1]) Hellwig, Rechtskraft S. 43/44; Oetker in ZZP. Bd. 14 S. 7: „Welches moderne Pfandrecht setzt ähnliches fest?"

kreuzen. Er soll nicht selbst über sein Recht Prozeß führen dürfen, damit nicht durch seine rechtskräftige Abweisung den Gläubigern ein Präjudiz geschaffen werden kann, die ihr Pfandrecht auf das Recht des Gemeinschuldners stützen (§ 325 Abs. 1 ZPO.). Aber es folgt daraus nicht, daß ihr Prozeß über ihr Pfandrecht dem Recht des Gemeinschuldners präjudiziert.[1])

Auch Kohler gibt ausdrücklich zu, daß aus der von ihm vertretenen Konkursverwaltertheorie nicht konstruktiv Wirksamkeit der gegenüber den Konkursgläubigern ergangenen Urteile für und gegen den Gemeinschuldner abgeleitet werden könne (Lehrb. S. 283). Denn „in allen Fällen wird der Prozeß für das Beschlagsrecht geführt, und die res iudicata sollte daher nur eine res iudicata für und gegen die Gläubigerschaft sein, so daß das Eigentumsrecht des Gantschuldners intakt bliebe". Kohler nimmt gleichwohl res iudicata auch für und gegen den Gemeinschuldner an. Denn das Gegenteil würde, wie er meint, dazu führen, daß man, um dem Prozesse seine volle Wirksamkeit zu geben, notwendig den Gantschuldner zuziehen müßte. Solches hätte aber meist keine erhebliche Bedeutung, da das Interesse desselben regelmäßig durch das Interesse der Gläubigerschaft ganz aufgezehrt werde. Daher sei es nur ein Schritt, zu sagen, die Gläubigerschaft führt den Prozeß mit Wirkung für sich, sie führt ihn aber auch mit Wirkung für und gegen den Gantschuldner.

Es ist allerdings richtig, daß die Konkursgläubiger das weitgehendste Interesse an einer möglichst großen Konkursmasse haben

---

[1]) Bezüglich der auf die Aussonderungs- und Absonderungsansprüche gerichteten Anerkenntnisse nimmt Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik usw. (S. 157 ff. u. 164 ff.) selbst an, daß dieselben den Gemeinschuldner nicht binden, weil sie lediglich einen Verzicht auf das den Konkursgläubigern zustehende Pfandrecht bezw. die Anerkennung eines besseren Rechts auf vorzugsweise Befriedigung enthielten. Danach blieben also für den Fall eines solchen Anerkenntnisses die Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten der Möglichkeit neuer Angriffe seitens des Gemeinschuldners nach Aufhebung des Konkursverfahrens ausgesetzt. In schwer vereinbarem Gegensatz hierzu behauptet Seuffert aber — offenbar nur für das gemeine Recht —, daß die auf Aussonderungs- und Absonderungsansprüche ergehenden Urteile auch dem Gemeinschuldner gegenüber in Rechtskraft erwüchsen (a. a. O. S. 120, 108, 117). Vgl. hiergegen insbesondere Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 23.

und daher ihr Interesse mit dem des Gemeinschuldners zusammenfällt. Daraus läßt sich aber — die Konkursgläubiger als Pfandgläubiger betrachtet — nicht eine auf den Gemeinschuldner ausgedehnte Rechtskraft herleiten. Eine Aufzehrung des Interesses in diesem Sinne eines Zusammenfallens der beiderseitigen Interessen ist auch beim Nutzpfandgläubiger regelmäßig der Fall, ohne daß darum der Pfandschuldner von den Prozessen des Pfandgläubigers mitbetroffen würde. Wollte Kohler aber — so versteht ihn Lippmann a. a. O. S. 175 Anm. 83 — ein Aufzehren des gemeinschuldnerischen Interesses in dem Sinne behaupten, daß ein günstiges Resultat des Rechtsstreits ja doch nur den Konkursgläubigern zugute komme und der Gemeinschuldner daher ohne Interesse am Ausgang des Rechtsstreits sei, so ließe diese Beweisführung zunächst außer Betracht, daß ein ungünstiges Resultat die Konkursdividende schmälern und entsprechend ein Bestehenbleiben der Schuld des Gemeinschuldners bewirken würde, daß also der Gemeinschuldner aus diesem Grunde schon nicht uninteressiert ist auch an einem ihm nicht unmittelbaren Vorteil bringenden günstigen Ausgange des Rechtsstreits. Ferner aber kann von einem solchen Aufzehren des gemeinschuldnerischen Interesses durch das der Konkursgläubiger in allen Fällen der Konkursbeendigung durch Zwangsvergleich nicht die Rede sein, da ja hier ein günstiges Resultat dem Gemeinschuldner unmittelbar zugute kommt.[1])

Für Masseprozesse, in denen ja lediglich über die Verpflichtung Dritter (der Konkursgläubiger) zu einer Leistung entschieden wird, kann naturgemäß die Frage der Rechtskraft dieses Urteils gegenüber dem Gemeinschuldner gar nicht auftauchen.

Zusammenfassend ist hiernach zu sagen: Die Vertreter der Pfandrechtstheorie müssen folgerichtig Rechtskraft der gegenüber dem Konkursverwalter ergangenen Urteile für und gegen den Gemeinschuldner ablehnen.

Der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse prozessiert ebenfalls mit Wirksamkeit für und gegen den Gemein-

---

[1]) Gegen Kohler auch Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 175 Anm. 83, und besonders Petersen in Zeitschr. Bd. 17 S. 186/87.

schuldner. Es gilt im einzelnen folgendes: Schreibt man der Konkursmasse Rechtspersönlichkeit zu, so erscheint der Gemeinschuldner als ihr Rechtsnachfolger hinsichtlich der einzelnen Massebestandteile. Urteile, die in Beziehung auf einzelne Massegegenstände gegenüber dem Verwalter ergangen sind, wirken daher auch gegenüber dem Gemeinschuldner nach der Regel des § 325 Abs. 1 ZPO. Das ist also der Fall bei Aktiv-, Aussonderungs- und Absonderungsprozessen. Bei Masseprozessen kann dagegen solche Beziehung zu einem bestimmten Massegegenstande fehlen, nämlich dann, wenn es sich um Leistung einer Summe handelt. Aber auch hier wird die Rechtskraftwirkung gegenüber dem Gemeinschuldner nicht zu bezweifeln sein. Der Gemeinschuldner setzt die gesamte Rechtspersönlichkeit der bisherigen Konkursmasse fort, ähnlich wie es der Erbe im Verhältnis zum Erblasser tut; rücksichtlich des Erben hat man aber die Wirksamkeit der gegenüber dem Erblasser ergangenen Urteile nie angezweifelt. Es kann daher auf sich beruhen, ob man die Erklärung darin zu finden hat, daß der bisherige Gemeinschuldner wie der Erbe nur über abhängiges Recht (abhängig vom Recht der Konkursmasse) prozessiert und deshalb sich für ihn die Rechtskraft des Urteils äußert, das in Prozessen der Konkursmasse ergangen ist (Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskraft, insbesondere S. 509/10), oder ob sie darauf zurückgeht, daß der bisherige Gemeinschuldner als Rechtsnachfolger der Konkursmasse im Sinne des § 325 ZPO. auch hinsichtlich der Schulden anzusehen ist.[1])

Sieht man dagegen in der Konkursmasse ein selbständiges Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit, so findet, wenn die separatio bonorum aufgehoben wird, keine Rechtsnachfolge statt, das Vermögen gelangt vielmehr lediglich in die Verwaltung seines Subjekts zurück. Nun beschränkt sich zwar die Wirkung des Urteils prinzipiell auf die Prozeßparteien. Aus besonderen Gründen ist jedoch eine Ausdehnung auf Dritte anzuerkennen, so insbesondere wenn ein zivilrechtliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Dritten und einer der Prozeßparteien besteht derart, daß die

---

[1]) Hellwig, Rechtskraft §§ 45, 46; vgl. auch für den parallel liegenden Fall der §§ 304 ff. HGB. Staub, Komm. zu § 304.

Rechtslage des Dritten durchaus von derjenigen abhängt, welche zur Zeit der Urteilsfällung zwischen den beiden Parteien besteht (so Hellwig, Rechtskraft S. 62). Hieraus erklärt sich die Erstreckung der Urteilswirkung auf die Rechtsnachfolger, welche in den Prozeßgegenstand nach der Rechtskraft des Urteils sukzedierten. Das gleiche ist aus demselben Grunde für die Fälle anzunehmen, in denen der Prozeßführer materiellrechtlich die Verfügungsmacht über den ihm fremden Prozeßgegenstand hat. Danach hat auch der Gemeinschuldner, wie die Konkursmasse materiellrechtlich in der Gestalt an ihn zurückgelangt, welche sie unter der Hand des Verwalters erhalten hat, auch die Prozeßführung des Verwalters anzuerkennen, soweit er materiellrechtlich die Verwaltung hatte.[1])

Im Widerspruch hiermit meint Skonietzki-Gelpcke (Anm. 2 zu § 325 ZPO.), daß es bei dem Vertreter einer parteifähigen Vermögensmasse (Konkursverwalter) und dem Eigentümer der Masse (Gemeinschuldner) an der Parteiidentität fehle, und daher das gegenüber dem Vertreter ergangene Urteil grundsätzlich nicht für oder gegen den Eigentümer der Masse wirke. Skonietzki-Gelpcke leugnet damit wohl zu Unrecht, daß über die ausdrückliche Regelung der §§ 325 ff. ZPO. hinaus eine Erstreckung der vollen Rechtskraftwirkung auf Dritte in den Fällen geboten erscheint, in denen ein entsprechendes zivilistisches Abhängigkeitsverhältnis zu einer der Prozeßparteien vorliegt. Dieser Grundsatz erscheint schon durch die Natur der Sache durchaus gerechtfertigt.

Zweifelhafter ist die Beantwortung der gestellten Frage vom Standpunkt der Amtstheorie aus. Das bezeugen auch die voneinander abweichenden Ergebnisse, zu denen ihre verschiedenen Anhänger gelangen.

Aus dem § 325 ZPO. unmittelbar ergibt sich eine Rechtskraftwirkung gegenüber dem Gemeinschuldner nicht. Zwar wird bei anderen Gelegenheiten der Konkursverwalter auch mal als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners bezeichnet (RG. Bd. 53 S. 10; Stein, ZPO. Anm. III, 1 zu § 325), eine Rechtsnachfolge im

---

[1]) vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 57—61; Anspruch S. 255/56; Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 736/37, Preuß. PrivR. S. 801/02; unklar v. Völderndorff S. 168.

Sinne des § 325 ist aber wohl nirgends behauptet. Erkennt man indessen als ratio legis, welche in anderen Fällen zur Ausdehnung der Rechtskraft über die Parteien auf Dritte geführt hat, die an, daß auf dem Gebiete des materiellen Rechts zwischen dem Dritten und der Prozeßpartei eine Rechtsbeziehung besteht, kraft deren sich die Rechtslage des Dritten durch die Verwaltungshandlungen der Prozeßpartei bestimmt, erkennt man dies an, so folgt hieraus auch für die Anhänger der Amtstheorie die Wirksamkeit der gegenüber dem Konkursverwalter ergangenen Urteile für und gegen den Gemeinschuldner. Denn man gibt zwar dem Konkursverwalter kein ziviliſtisches Recht, als dessen Ausfluß er die Verfügungsgewalt hätte, wohl aber hält man ihn kraft seines Amtes für befugt, in einer den Gemeinschuldner bindenden Art und Weise die Konkursmasse umzugestalten. Andererseits ist wiederum zu bedenken, daß dieser Zusammenhang von materiellrechtlichem Verfügungsrecht und Rechtskraftwirkung durchaus nicht, weder logisch noch positivrechtlich, ein untrennbarer ist. Es kann jemand verfügungsberechtigt sein über das Recht eines Dritten, ohne daß doch seine Prozeßführung für oder gegen den Dritten wirkt. Gerade beim Amt des Konkursverwalters ist dies nicht von der Hand zu weisen. Reichen die Amtsbefugnisse nicht weiter als der Zweck, zu dessen Erfüllung das Amt errichtet wurde, so enthält das Amt des Konkursverwalters nicht auch das Recht, mit Wirkung für oder gegen den Gemeinschuldner zu prozessieren. Der Zweck des Konkurses: Versilberung und anteilsmäßige Verteilung der Konkursmasse kann auch ohne dies erreicht werden. Das geht aus der unten wiedergegebenen Oetkerschen Auffassung des näheren hervor.

Die Entscheidung ist damit wiederum abgestellt auf den Inhalt des Konkursverwalteramtes, der so und so begrenzt werden kann. Denn es läßt sich doch sicherlich nicht behaupten, daß er nicht über den Zweck des errichteten Amtes hinausgehen könnte. Hat die Konkursordnung wirklich, um den Konkurszweck zu erreichen, den Weg der Errichtung eines Konkursverwalteramtes betreten, so kann sie doch, um andere Unzuträglichkeiten (z. B. Verdoppelung der Prozesse) zu vermeiden, dem Amtsträger weitere Rechte gegeben haben, als der Konkurszweck unmittelbar erheischte.

So betrachtet kann man mit gleich guten Gründen die Rechtskraftwirkung gegenüber dem Gemeinschuldner behaupten wie bestreiten.

In der Literatur bejahen einige die Wirksamkeit der Urteile, andere lehnen sie ganz oder teilweise ab.

Stein (Anm. VI, 1 zu § 325) bejaht sie unter Berufung auf die Regelung in § 327 ZPO. Wie der Testamentsvollstrecker über ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht mit Wirkung für und gegen den Erben prozessiere, müsse das gleiche auch im Verhältnis von Konkursverwalter und Gemeinschuldner gelten. Denn der Konkursverwalter handele wie der Testamentsvollstrecker aus eigenem Recht. Indessen besagt es doch nichts, daß beide kraft eigenen Rechts handeln. Die Ämter können verschiedenen Inhalts sein gerade in dem fraglichen Punkte. Dieser Nachweis gleichen Inhalts fehlt.

Ohne nähere Begründung spricht sich Kiehl (a. a. O. S. 317) für die Ausdehnung der Rechtskraft aus. Auch das Reichsgericht ist wohl dieser Ansicht, wenn es (für Aussonderungsstreitigkeiten) bemerkt, daß es sich hier um endgültige Ausscheidung und Herausgabe der Sache aus der Konkursmasse handele (RG. v. 1. 2. 1902 in JurW. 1902 S. 172 Nr. 34). Das „endgültig" ist wohl in diesem Sinne zu verstehen.[1])

Die Rechtskraftwirkung gegenüber dem Gemeinschuldner bejaht ferner auch Stegemann.

Im Gegensatz zu diesen schlechthin bejahenden Meinungen verneinen andere schlechthin jede Wirksamkeit gegenüber dem

---

[1]) Unklar sind die Äußerungen Lippmanns in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 174: Das Recht der Rechtskraft fließe aus dem Recht der Prozeßführung ab. Wer nicht zuvor verhandelt habe, für und gegen den laufe auch keine Rechtskraft. Wenn der Gemeinschuldner trotzdem durch die gegenüber dem Konkursverwalter ergangenen Urteile tangiert werde, so sei dies nicht die Wirkung des einzelnen Prozesses, sondern überhaupt des Exekutionszustandes, in dem er sich gegenüber seinen Gläubigern befinde. Nicht aus der Wirksamkeit etwaiger Prozeßhandlungen seinerseits, sondern gerade umgekehrt aus dem Mangel jeden Verhandlungsrechts seitens des Gemeinschuldners folge, daß die gegen den Konkursverwalter ergangenen Urteile auch gegen den Gemeinschuldner Wirkung haben müßten. — Ich vermag daraus nicht zu entnehmen, inwieweit der Gemeinschuldner durch die gegen den Konkursverwalter ergangenen Urteile tangiert werden soll.

Gemeinschuldner, so vor allem Oetker. Nach ihm kann, wenn die Deduktion auf Amtsbefugnis beruht, die Rechtskraftwirkung betreffs des Dedukten nur nach der Eigenart der einzelnen Fälle beurteilt werden (Grundbegriffe S. 317). Für die Amtsbefugnis des Konkursverwalters kommt er zu einer Verneinung der Rechtskraftwirkung gegenüber dem Dedukten (dem Gemeinschuldner). Trotz des natürlich auch nach seiner Ansicht dem Konkursverwalter zustehenden, den Gemeinschuldner bindenden Verfügungsrechtes spricht er dem gegenüber dem Konkursverwalter ergangenen Urteil die Wirkung für oder gegen den Gemeinschuldner ab. Maßgebend ist wohl für ihn der Gedanke, daß der Konkursverwalter die Rechtsstellung des Gemeinschuldners nur gerade so weit beeinträchtigen dürfe, als zur Durchführung seiner Aufgabe unbedingt notwendig sei. Da aber für den Konkurszweck eine auch den Gemeinschuldner bindende Feststellung, ob ein Gegenstand dem Gemeinschuldner gehört oder nicht, ob er belastet ist oder nicht usw., keineswegs erforderlich ist, so spricht er auch dem Amt des Konkursverwalters das Recht ab, mit Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner zu prozessieren. Nach ihm schafft also das gegenüber dem Konkursverwalter ergehende Urteil nicht Rechtskraft für oder wider den Kridar (ZZP. Bd. 25 S. 40). Wohl aber bindet den Kridar die Einbeziehung des Prozeßobjekts in die Masse, mag der besitzende Dritte freiwillig oder kraft Urteils an den Verwalter geleistet haben. Sie bindet ihn, insofern dadurch der Konkursverwalter das Verfügungsrecht über den Gegenstand als über einen Teil der Konkursmasse erhält (Oetker a. a. O.).

Danach könnte der Gemeinschuldner nach Unterliegen des Verwalters seinerseits den Dritten belangen (z. B. mit der Eigentumsklage) und ein obsiegliches Urteil erzielen, ohne daß ihm die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten werden könnte. Hätte andererseits der Konkursverwalter den Rechtsstreit gewonnen und den Gegenstand zur Konkursmasse gezogen, so würde zwar während des Konkurses eine Klage des Gemeinschuldners unzulässig sein, da ihn die Einbeziehung des Gegenstandes in die Masse seitens des Verwalters bindet (er ist nach Oetker insoweit prozeßunfähig). Nach der Konkursbeendigung wäre dieses prozessuale Hindernis weggefallen. Es würde dann aber entgegenstehen, daß die Ver-

fügung des Verwalters über den Gegenstand als Massenobjekt für den Gemeinschuldner maßgeblich ist. Eine Klage wäre als materiell unbegründet abzuweisen (Oetker in Zeitschr. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 44).

Wer den Inhalt des Konkursverwalteramts nach dem Konkurszweck begrenzt, muß Oetker zustimmen. Dieser Begrenzung steht aber das Bedenken entgegen, daß die Dritten der Unannehmlichkeit mehrfacher Prozeßführung ausgesetzt sein würden.[1])

Eine Mittelstellung nimmt die Ansicht Bunsens ein. Nach ihm (Zeitschr. f. ziv. Prax. Bd. 26 S. 258—260) steht der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner als eine mit öffentlicher Zwangsgewalt ausgerüstete Person gegenüber. Vermöge dieser Zwangsgewalt sollen Rechtshandlungen des Konkursverwalters, soweit sie das Konkursvermögen betreffen, sich gegen den Gemeinschuldner richten und insoweit rechtliche Wirksamkeit nicht für, sondern gegen ihn haben. Dementsprechend steht in Prozessen über die Teilungsmasse dem Gemeinschuldner die Rechtskraft des gegen den Verwalter ergehenden Urteils entgegen (S. 259). Dagegen steht ihm selbst die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht zu (S. 260).

Diese merkwürdige Ansicht Bunsens scheint mir nicht gerechtfertigt zu sein. Betrachtet man auch mit Bunsen als wesentliche Aufgabe des Konkursverwalters, die im Konkurs sich vollziehende Generalexekution in das Vermögen des Gemeinschuldners herbeizuführen, so kann man hieraus nur folgern, daß seine Amtsbefugnis so weit gehen muß, als zu einer unanfechtbaren Versilberung und Verteilung der Masse nötig ist. Für diesen Zweck ist es aber ganz gleichgültig, ob dem Gemeinschuldner die Rechts-

---

[1]) Gleicher Ansicht wie Oetker ist auch v. Sarwey-Bossert Anm. 5 zu § 6 S. 67: „Es ist nur über den die Konkursmasse betreffenden Anspruch als solchen entschieden. Und in dieser Richtung ist der Gemeinschuldner vermöge seiner mangelnden Verfügungsbefugnis nicht in der Lage, gegen die Entscheidung aufzutreten. Aber wenn z. B. der Konkursverwalter ... abgewiesen ist, wird dem Gemeinschuldner, welcher nachher den Anspruch als zu seinem konkursfreien Vermögen gehörig nochmals einklagt, die exceptio rei iudicatae nicht entgegengehalten werden können, auch wenn in dem ersten Urteil die Existenz des Anspruchs schlechthin negiert worden ist". Vgl. auch Henrici im Sächs. Arch. Bd. 2 S. 355/56.

kraft des Urteils in Prozessen entgegensteht, in denen der Konkursverwalter unterlegen ist oder nicht. Denn binden den Gemeinschuldner die materiellrechtlichen Verfügungen des Konkursverwalters, so ist die Wirksamkeit der Generalexekution sichergestellt. Das Bunsensche Ergebnis ist wohl ebenso unbegründet, wie es dem Rechtsgefühl widersteht, den Gemeinschuldner zwecklos einem ungünstigen Urteile zu unterwerfen, ihm dagegen den Gebrauch günstiger Urteile zu sperren.

§ 9.

Welches ist das Schicksal der zur Zeit der Konkursbeendigung noch schwebenden Prozesse des Konkursverwalters?

Von großer praktischer Bedeutung ist weiter die Frage, welches Schicksal die zur Zeit der Konkursbeendigung für oder gegen den Konkursverwalter anhängigen Rechtsstreitigkeiten haben. Insoweit, als es sich um nachträglich zu verteilende Beträge handelt (§ 166 KO.), ist der Konkursverwalter zwar trotz der Beendigung des Verfahrens zu ihrer Fortsetzung legitimiert, und zwar bei Beendigung durch Schlußverteilung stets, bei Zwangsvergleich im Falle eines entsprechenden Vorbehalts (vgl. dazu Stein Bem. IV zu § 240 ZPO.). Im übrigen aber — wir setzen im folgenden den Fall eines Zwangsvergleichs, der ohne weiteren Vorbehalt abgeschlossen worden ist — ist die Beantwortung der oben gestellten Frage eng verknüpft mit der Stellung, die man dem Konkursverwalter zuweist.

Gehen wir zunächst wieder von einer Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter aus. Schwebt zur Zeit der Konkursbeendigung z. B. durch Zwangsvergleich ein Feststellungsprozeß auf Grund eines Widerspruchs des Konkursverwalters, so kann er dem Konkursverwalter gegenüber jedenfalls nicht fortgesetzt werden, weil dessen Vertretungsmacht aufgehört hat. Der vertretene bisherige Gemeinschuldner tritt an die Stelle des Konkursverwalters. Bei der Fortführung des Prozesses durch den Gemeinschuldner ist m. E. zu unterscheiden, ob der Gemeinschuldner seinerseits im Prüfungstermin die streitbefangene Forderung ebenfalls bestritten hat oder nicht. Für den

ersten Fall kann ihm die Fortführung des Prozesses über die Hauptsache nicht zugemutet werden. In seinem bisherigen Inhalte ist der Prozeß ja ohnedies zur Hauptsache erledigt, da eine Beteiligung am Konkursverfahren, um die es sich bisher handelte, nicht mehr in Frage kommt.[1])

Es wäre nur zu erwägen, ob der Prozeß etwa in den über die Zwangsvergleichsquote überzuleiten wäre. Da jedoch der Feststellungsprozeß, wenn er gegen den Konkursverwalter fortgeführt wäre, den Gemeinschuldner nur hinsichtlich der Konkursmasse hätte binden können, glaube ich nicht, daß es dem Gedanken des Gesetzes entspricht, wenn der Gemeinschuldner zum Eintritt in den Prozeß über die ganz andere und in der Mehrzahl der Fälle weitergehende Leistung der Zwangsvergleichsquote gezwungen werden könnte.

Der Gemeinschuldner hat zwar in den Prozeß einzutreten; der Prozeß ist aber zur Hauptsache erledigt und nur über die Kosten fortzuführen. (So auch Petersen, KO. Anm. 15 zu §§ 193, 194.)

Hat dagegen der Gemeinschuldner im Prüfungstermin die jetzt im Feststellungsstreit befangene Forderung nicht bestritten, so ist zwar die Fortsetzung des Prozesses mit dem bisherigen Inhalte unmöglich, weil eine Feststellung nach Konkursbeendigung nicht zu erwirken ist. (And. A. Petersen Anm. 15 zu §§ 193, 194.) Es wäre jedoch unbillig, ihn deswegen um das erstrebte Resultat seiner bisherigen Prozeßführung — einen Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner — zu bringen. Es liegt daher nahe, bei Eintritt des Gemeinschuldners in den Prozeß dessen Überleitung in den Prozeß über die Zwangsvergleichsquote anzunehmen. Dem Gemeinschuldner, der die Forderung des jetzigen Prozeßgegners nicht bestritten hat, geschieht ja kein Unrecht. (So auch v. Wilmowski Anm. 4 zu § 194.)

Für Anfechtungsprozesse gilt folgendes: Der Gemeinschuldner hat in den von seinem ehemaligen Vertreter geführten

[1]) Selbst wenn noch nach Konkursbeendigung eine konkursmäßige Feststellung der bestrittenen Forderung möglich wäre — so Petersen Anm. 15 zu §§ 193, 194 —, würde sie dem Gläubiger nichts nützen wegen des gemeinschuldnerischen Bestreitens.

Anfechtungsprozeß einzutreten. Der Prozeß wird mit Konkursbeendigung gegenstandslos, da ein Anfechtungsrecht nur für den Konkurs existiert und es Konkursgläubiger nicht mehr gibt, denen gegenüber allein die Unwirksamkeit des angefochtenen Urteils eintreten könnte.[1])

Es bleibt allein noch über die Prozeßkosten zu entscheiden. Der Gegner hat nicht etwa mit der Beseitigung der Anfechtung und dem Wegfall des Klagegrundes obgesiegt, vielmehr ist mit der Erklärung, daß nur durch die Konkursbeendigung der Anfechtungsantrag in der Hauptsache erledigt sei, die Behauptung vereinbar, daß der Gegner in der Sache habe unterliegen müssen, wenn sie nicht durch eine nicht auf einem Recht des Gegners beruhende Beseitigung des Klageanspruchs erledigt wäre, und daß deshalb der Gegner, weil dessen bisheriger Widerspruch als unberechtigt zu erkennen ist, nach § 91 ZPO. die Kosten zu tragen habe. Über die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Gegners zum Widerspruch gegen den Klageantrag und damit über die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten ist zwischen dem Gemeinschuldner als Partei und dem Anfechtungsgegner zu streiten.[2])

Für die übrigen Prozesse ist der Gemeinschuldner ohne jeden Zweifel berechtigt und verpflichtet, sie in der Lage zu übernehmen, in der sie sich zur Zeit der Konkursbeendigung befinden. Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt nicht ein, da es an einer dahingehenden positiven Vorschrift fehlt und § 241 ZPO. unanwendbar ist — auch für die, welche den Gemeinschuldner für nicht prozeßfähig halten. Denn mit der Konkursbeendigung wird er ja zweifellos wieder prozeßfähig. — Eine weitere Konsequenz ist, daß die Prozeßvollmacht eines Prozeßvertreters unberührt bleibt (§ 86 ZPO.; Jaeger Anm. 12, 13 zu § 10, Anm. 12 zu § 57).

Nicht so klar liegt die Entscheidung für die Theorie der Gläubigervertretung. Auch für sie steht zunächst fest, daß der Konkursverwalter zur Weiterführung irgend welcher Prozesse

---

[1]) vgl. RG. Bd. 31 S. 40ff. Urt. v. 27. 3. 1893; v. Lang in ZZP. Bd. 21 S. 423; KG. in ZZP. Bd. 23 S. 200ff.

[2]) v. Wilmowski Anm. 16 zu § 29; Petersen Anm. 6 zu § 36; ganz anders Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 263ff.

nach Konkursbeendigung nicht mehr legitimiert ist. Es fragt sich: sind die Prozesse fortzusetzen bezw. gegen wen.

Liquidations- und Anfechtungsprozesse sind wiederum durch die Konkursbeendigung als in der Hauptsache erledigt anzusehen (Seuffert, Konkursprozeß S. 228; Hellmann, Lehrb. S. 549; Jaeger Anm. 24 zu § 29). Die Gründe sind dieselben, die oben hervorgehoben sind. Eine Überleitung des Liquidationsprozesses in den Prozeß auf Leistung der Zwangsvergleichsquote scheidet hier aus, da letzterer nur gegen den Gemeinschuldner denkbar ist, für den Eintritt des Gemeinschuldners in den Prozeß der Konkursgläubiger zu diesem Zwecke aber nicht der geringste Anlaß vorliegt.

Es handelt sich also lediglich noch um die Prozeßkosten. Da der Konkursverwalter die Gläubiger vertrat, müßte man in erster Linie an den Eintritt der Vertretenen in den Prozeß denken. Eine Gläubigerschaft als Gemeinschaft existiert nach Konkursbeendigung nicht mehr. In Betracht kämen somit nur die einzelnen Gläubiger (vgl. Petersen in ZZP. Bd. 17 S. 188). Aber auch diese Konsequenz zieht niemand, und mit vollem Recht. Denn es würde dann ein Vermögensteil des Gemeinschuldners — der nach § 191 KO. für die Prozeßkosten als bestrittenen Masseanspruch hinterlegte Betrag — der Gnade der gänzlich uninteressierten Konkursgläubiger ausgeantwortet. Vor abgeschlossenem Zwangsvergleich ließ sich solche Prozeßführung ertragen, da die Konkursgläubiger an einem möglichst großen Massebestande selbst am meisten interessiert waren. Nach Abschluß des Zwangsvergleichs dagegen hört diese wirtschaftliche Verknüpfung mit dem gemeinschuldnerischen Vermögen auf. Sie haben jetzt den Anspruch auf die zugesicherte Quote. Es wäre daher unerträglich, wenn den Konkursgläubigern das Schicksal des hinterlegten Prozeßkostenbetrages anvertraut würde. Mit Recht lehnt man daher allgemein den Eintritt der Konkursgläubiger in den schwebenden Rechtsstreit ab.

Auch an eine Fortführung dieses Prozesses durch irgend einen anderen, insbesondere durch den Gemeinschuldner kann nicht gedacht werden. Es bliebe unerklärlich. In Ermangelung einer Prozeßpartei verläuft demnach der Prozeß ohne Entscheidung so-

wohl über die Hauptsache wie über die Prozeßkosten (vgl. Hellmann S. 553). Dagegen steht es aber dem Prozeßgegner wie dem Gemeinschuldner offen, einen neuen Prozeß über den sichergestellten Betrag zu führen. Die Parteieigenschaft des ehemaligen Gemeinschuldners ist naturgemäß ganz unabhängig von der Parteieigenschaft der Konkursgläubiger in dem ehemaligen Anfechtungs- oder Liquidationsprozeß. Gegenstand dieses Prozesses ist nicht mehr das Anfechtungs- bezw. Beteiligungsrecht, sondern lediglich die Frage, ob der bisherige Anfechtungsgegner oder der bisherige Gemeinschuldner Anspruch auf den Betrag habe. Da die Erledigung dieses Streites von einer hypothetischen Entscheidung des andern vorher zwischen Konkursverwalter und Prozeßgegner betriebenen abhängig ist, ließe sich die Zweckmäßigkeit nicht bestreiten, diesen zweiten Prozeß durch Fortführung des ersten zu erledigen (vgl. auch Petersen Anm. 6 zu § 36). Der Unterschied tritt rein äußerlich dadurch zutage, daß der Gemeinschuldner in den Anfechtungsprozeß nicht ohne weiteres eintritt, sondern nur, wenn er vom Gegner geladen wird, bezw. lädt; ferner dadurch, daß eine derartige Fortführung nur möglich ist, wenn ein hinterlegter Betrag vorhanden ist.[1])[2])

Abgesehen von Liquidations- und Anfechtungsprozessen nimmt man für die übrigen zur Zeit der Konkursbeendigung noch schwebenden Prozesse allgemein an, daß der Gemeinschuldner in den Prozeß einzutreten und ihn auch hinsichtlich der Hauptsache weiterzuführen habe. Zur Begründung geht man zumeist von den schon zur Zeit der Konkurseröffnung anhängigen, durch die Konkurs-

---

[1]) Nach Seuffert, Konkursprozeß S. 273 u. 229 sind die Prozesse ebenfalls in Ansehung des Kostenpunktes gegen den Gemeinschuldner fortzusetzen. „Die Legitimation des Gemeinschuldners folgt daraus, daß vor Aufhebung der eventuelle Kostenerstattungsanspruch des Gläubigers sicherzustellen ist und daß die Sicherheit eventl. für den Gemeinschuldner frei wird." Ob Seuffert damit der oben dargelegten Ansicht zustimmt, ist nicht deutlich.

[2]) Jaeger für Anfechtungsprozesse Anm. 24 zu § 29: Der Gemeinschuldner sei zum Eintritt in den auf die Kostenfrage beschränkten Prozeß deswegen berechtigt und verpflichtet, weil er Subjekt der etwaigen Kostenerstattungsverbindlichkeit wie umgekehrt des etwaigen Kostenerstattungsanspruchs sei. Das ist m. E. unzutreffend. Wenn die Gläubiger in dem Prozeß ihr Recht geltend gemacht hatten, so sind sie auch Gläubiger und Schuldner der Prozeßkosten.

eröffnung unterbrochenen und von dem oder gegen den Gemeinschuldner aufgenommenen Prozessen aus. Mit der Aufhebung des Konkurses falle die Parteistellung der Konkursgläubiger weg, die Prozeßführungsmacht des bisherigen Gemeinschuldners lebe wieder auf, und deshalb könne er an Stelle des Verwalters, der ihn verdrängt habe, in den Prozeß eintreten und der Gegner den Prozeß gegen ihn fortsetzen. Da aber die Prozeßführung durch den Konkursverwalter eine berechtigte gewesen sei, so müsse der bisherige Gemeinschuldner den Prozeß in der Lage übernehmen, in der er sich zufolge der Prozeßführung des Konkursverwalters befinde. Die ratio legis sei dieselbe, wo ein Prozeß vom Konkursverwalter erst begonnen worden sei. Folglich gelte das gleiche auch für diesen Fall.[1])

Diese Argumentation ist m. E. unrichtig. Die §§ 10, 11 KO. müssen von den Anhängern der hier besprochenen Theorie als positive Zweckmäßigkeitsvorschriften gedeutet werden (vgl. z. B. Seuffert, Zur Geschichte usw. S. 180ff.). So muß z. B. die Aufnahme eines Aktivprozesses durch den Konkursverwalter gemäß § 10 KO. als Überleitung des Prozesses über das Recht des Gemeinschuldners in den Prozeß über das Recht der Konkursgläubiger an diesem Rechte erscheinen. Mit anderen Worten: des Prozesses über das gepfändete Recht in den Prozeß über das Pfandrecht (vgl. des näheren Hellmann S. 638).

Der bis zur Konkurseröffnung auf Herausgabe einer Sache gerichtete Rechtsstreit nimmt nach der Pfandrechtstheorie als Aussonderungsstreit den Charakter eines Widerspruchsprozesses an usw.

Es bedurfte daher der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 10, 11, um den Konkursgläubigern die Möglichkeit zu geben, in anhängige Rechtsstreite des Gemeinschuldners einzutreten und sie mit dem veränderten Inhalt fortzuführen. Prüft man daher, ob aus dem Wegfall des bisherigen Pfandrechts der Konkursgläubiger Recht und Pflicht des Gemeinschuldners zur Fortsetzung anhängiger Prozesse sich ergibt, so ist dies zweifellos zu verneinen. Es hätte einer besonderen, den §§ 10, 11 entsprechenden Bestimmung bedurft.

---

[1]) So z. B. Hellmann, Lehrb. S. 554/55; Seuffert, Konkursprozeß S. 183/84.

Dies Resultat würde man dann vermeiden, wenn man sich entschließen könnte, die Regelung der §§ 10, 11 KO. analog auf die Rechtslage zur Zeit der Konkursbeendigung anzuwenden, also — auf Aktivprozesse wiederum angewandt — eine Überleitung der Prozesse über das Recht der Konkursgläubiger an dem gepfändeten Recht in den Prozeß über das Recht des Gemeinschuldners anzunehmen und den Eintritt des Gemeinschuldners an die Stelle der Konkursgläubiger. Dem stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Wie oben ausgeführt, fehlt den in Prozessen des Konkursverwalters als Vertreters der Konkursgläubiger ergangenen Urteilen die Wirksamkeit gegenüber dem Gemeinschuldner. Wenn aber der Gemeinschuldner an das Resultat des Rechtsstreits nicht gebunden ist, kann ihm ebensowenig zugemutet werden, die von den Konkursgläubigern vorgenommenen einzelnen Prozeßhandlungen gegen sich gelten zu lassen.

Die Rechtsstreitigkeiten hätten danach das gleiche Schicksal wie die Liquidations- und Anfechtungsprozesse.

Für diejenigen, die wie Kohler den Konkursgläubigern auf Grund ihres Pfandrechts Prozeßstandschaft bezüglich des gemeinschuldnerischen Vermögens zusprechen, existieren allerdings die erörterten Schwierigkeiten nicht. Die Konkursgläubiger prozessieren dann ja über Rechte des Gemeinschuldners mit Wirkung für und gegen diesen (so Kohler nach obigem). Recht und Pflicht des Gemeinschuldners zum Eintritt in schwebende Prozesse der Konkursgläubiger sind bei dieser Annahme genau die gleichen wie bei einer Ehefrau, wenn das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes während eines Rechtsstreits endet, den der Ehemann kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes im eigenen Namen mit Wirkung gegenüber der Frau führt (§ 1380 BGB.; vgl. Haas in Gruchot Bd. 45 S. 29ff., insbes. S. 39).

Es ist nunmehr zu prüfen, zu welchem Resultate man gelangt, wenn man den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse auffaßt.

Sieht man die Konkursmasse als eine juristische Person an, so hört sie mit der Konkursbeendigung auf als solche zu existieren. Als ihr Rechtsnachfolger erscheint der Konkursverwalter. Bei dieser Sachlage kann ungezwungen der § 239 ZPO. analog an-

gewendet werden. Er erwähnt zwar nur den Tod, ist aber auf den Fall des Erlöschens einer juristischen Person auszudehnen. (Vgl. auch Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 341 Anm. 3; Staub zu § 304 HGB. mit Literatur.)

Es tritt also eine Unterbrechung des Verfahrens ein bis zur Aufnahme durch den Gemeinschuldner. Der Gemeinschuldner ist als Rechtsnachfolger zur Fortsetzung berechtigt und verpflichtet.

Wer dagegen der Konkursmasse Rechtspersönlichkeit abspricht, kann diesen Gedankengang nicht mitgehen. Der Gemeinschuldner ist ja dann nicht Rechtsnachfolger der Konkursmasse, sie gehörte ihm ja bereits. Vielmehr ist die Folge der Konkursaufhebung, daß die Masse wieder in die Verwaltung ihres Subjekts gelangt (Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 311). Mit dem Wegfall des Sondervermögens ist es nun ausgeschlossen, daß der Verwalter den Prozeß weiterführt. „Sonach ergibt sich die Alternative, daß entweder der Prozeß wegen Wegfalls der Partei erlischt, oder daß er von dem Gemeinschuldner fortgesetzt wird" (Hellwig, Anspruch S. 262/63). Die erste Alternative will Hellwig aus dem Grunde ausscheiden, weil bei ihrer Annahme dem Gegner alle durch den begonnenen Prozeß erlangten Vorteile verloren gehen würden. Es bleibe daher nur die zweite. Die Theorie gerät hier offenbar in Schwierigkeiten. Hellwigs Antwort in der vorliegenden Frage folgt nicht aus ihr. Sie ist nur gegeben, weil sie das zweckmäßigste Resultat liefert. Hellwig nimmt übrigens auch eine Unterbrechung des Verfahrens bis zur Aufnahme durch Gemeinschuldner oder Gegner an (a. a. O. S. 263).

Die Amtstheorie bejaht in der Mehrzahl ihrer Vertreter die Frage nach Recht und Pflicht des Gemeinschuldners zum Eintritt in schwebende Prozesse, aber mit den mannigfachsten Konstruktionsversuchen.

Nahe liegt es zunächst, den früheren Gemeinschuldner als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters anzusehen — er sukzediert, möchte man sagen, in dessen bisheriges Verwaltungs- und Verfügungsrecht —, wie denn auch das Reichsgericht (Bd. 42 S. 346) manchmal den Konkursverwalter als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners bezeichnet. Diese Anschauungsweise ist aber

wohl nicht haltbar, und daher sind auch die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den Eintritt Dritter in schwebende Prozesse für den Fall einer Rechtsnachfolge nicht anwendbar. Nach der Amtstheorie leitet ja der Konkursverwalter sein Recht unmittelbar vom Gesetz ab. Er sukzediert nicht in das subjektive Recht des Gemeinschuldners (vgl. z. B. Bunsen a. a. O. S. 316 Anm. 354). Dem entsprechend ist in dem Wegfall des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Konkursverwalters und dem gleichzeitigen Wiederaufleben des unbeschränkten Eigentumsrechts des Gemeinschuldners nicht eine Sukzession des Gemeinschuldners in Konkursverwalterrechte zu erblicken. Die beiden Vorgänge: Rechtsbegründung für den Konkursverwalter und Rechtsverlust für den Gemeinschuldner und umgekehrt ergänzen sich vielmehr für die Amtstheorie notwendig aus dem Grunde, weil beide nicht nebeneinander existieren können ohne gegenseitige Störung. Das Amtsrecht des Konkursverwalters ist aber etwas durchaus Verschiedenes von dem subjektiven Recht des Gemeinschuldners. Der Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge ist hiernach aufzugeben.

Das Reichsgericht hat sich häufig mit der Frage zu beschäftigen gehabt. Es hat stets die Fortführung anhängiger Prozesse durch den Gemeinschuldner bejaht, aber mit Gründen, die voneinander zum Teil recht beträchtlich abweichen: Das Urteil vom 2. 3. 1900 — also ergangen nach der für die Amtstheorie grundlegenden Entscheidung v. 29. 3. 1892 (RG. Bd. 29 S. 28 ff.) — bezieht sich auf arg. § 241 ZPO., aus dem hervorgehe, daß der Gemeinschuldner bei Aufhebung des Konkurses ohne weiteres „als prozeßfähig gewordene Partei kraft Gesetzes in den Rechtsstreit eintrete, während der Konkursverwalter . . . die Vertretungsbefugnis für den Rechtsstreit verloren habe“ (Seufferts Arch. Bd. 55 S. 487 ff.). Ebenso spricht die hier als grundlegend in Bezug genommene Entscheidung des gleichen Senats (II. Zivilsenat) v. 6. 3. 1891 (Bd. 27 S. 113 ff.) von dem „Erlöschen der Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters (vgl. noch weitere Zitate in den angeführten Urteilen). Das Reichsgericht stützt sich hier überall auf den Vertretungsbegriff, und zwar verwendet es ihn direkt, nicht etwa analog. Daß dies für die Amtstheorie unmöglich ist, bedarf keiner ausführlicheren Darlegung. — In

späteren Entscheidungen fehlen denn auch die ausdrücklichen Berufungen auf eine Stellvertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter, ohne daß aber eine neue andere Erklärung gegeben würde (vgl. RG. v. 19. 10. 1910 Bd. 47 S. 373 ff.; Beschl. v. 22. 11. 1912 JurW. 1903 S. 4 Nr. 7). Das Reichsgericht hebt hervor, daß die Zivilprozeßordnung eine Unterbrechung entsprechend § 240 ZPO. für ein zur Zeit der Konkursbeendigung noch schwebendes Verfahren nicht kenne. Daher gehe ein solches Verfahren ohne weiteres auf den Gemeinschuldner über, der infolge der Aufhebung des Konkurses die Legitimation zur Sache wieder erhalten habe.

In dieser Berufung auf das Wiederaufleben der Sachlegitimation findet Kiehl den richtigen Standpunkt gekennzeichnet. Prozessiere der Konkursverwalter, so handele es sich doch immer um Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners. „Höre nun das Verwaltungsrecht des Verwalters auf und erlange der Schuldner solches zurück, dann sei es lediglich eine Folge davon, daß er nun auch befugt werde, sich die vom Konkursverwalter zuvor getroffenen Maßregeln in jeder Beziehung zu eigen zu machen und alle von jenem begonnenen, aber noch nicht erledigten Rechtshandlungen nun seinerseits durchzuführen. Diesen Eintritt für den Prozeß zu verbieten, habe der Gegner kein anerkennenswertes rechtliches Interesse" (a. a. O. S. 317). Die Verpflichtung des ehemaligen Gemeinschuldners, auf Verlangen des Gegners in den Prozeß einzutreten, ergebe sich aus der Erwägung, daß der Schuldner die Konsequenzen der in § 6 Abs. 2 KO. enthaltenen Bestimmungen wie für so auch gegen sich bedingungslos gelten lassen müsse. Wenn der Konkursverwalter sich über einen zur Konkursmasse gehörigen Vermögensbestandteil — selbst in der Rolle als Beklagter — auf einen Prozeß einlasse, so bedeute das einen Verwaltungsakt, und der Schuldner müsse daher die Folgen auch eines solchen Aktes auf sich nehmen und nach wieder erlangtem Verfügungsrecht den Prozeß somit auf eben der Grundlage, die der Verwalter geschaffen gehabt hätte, fortsetzen (a. a. O. S. 318).

Die Beweisführung Kiehls stützt sich somit nicht auf eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, sondern auf einen allgemeinen

Rechtssatz, welchen Kiehl dem Geist der Rechtsordnung entnimmt. Er entspricht völlig dem Rechtsempfinden und ist ja wohl auch für obschwebende Prozesse des Ehemannes über ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht der Ehefrau im Falle der Beendigung dieses Verwaltungsrechts anzuwenden.[1])

Kiehls Beweisführung versagt jedoch für alle die, welche den Konkursverwalter nicht mit Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner prozessieren lassen. Denn diese Wirksamkeit ist ja gerade der Ausgangspunkt Kiehls.

So ist nach Oetker (ZZP. Bd. 25 S. 43 ff., für Aktivprozesse ausgesprochen) ein Wiedereintritt in den Rechtsstreit als Sukzessor des Verwalters und gebunden durch dessen Prozeßführung unter allen Umständen ausgeschlossen. Das Gesetz verordne nicht: im Falle der Beendigung des Konkurses wird das mit oder vom Verwalter aufgenommene Verfahren unterbrochen, bis es für oder gegen den Gemeinschuldner als Sukzessor des Verwalters aufgenommen wird. Die Regelung des § 10 KO. beruhe ausschließlich auf Rücksichten der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit (a. a. O. S. 39). Eine Zurückübertragung der Klägerrolle auf den Kridar in prozessualer Rechtsnachfolge des Verwalters wäre auch durchaus widerspruchsvoll, weil die Prozeßführung des Verwalters nicht für die außerkonkursmäßige Rechtslage des Kridars wirken kann.

Der Prozeß des Verwalters mit dem Besitzer wird durch Einstellung des Konkursverfahrens und durch Aufhebung infolge Zwangsvergleichs beendet. Der Verwalter verliert die Fähigkeit, Ansprüche des Gemeinschuldners klagend zu verfolgen.[2])

---

[1]) vgl. Haas, „Gerichtliche Geltendmachung der zum eingebrachten Gute und der zum Gesamtgute gehörenden Rechte gegen Dritte" in Gruchot Bd. 45 S. 29 ff., besonders S. 39. Zum gleichen Resultat wie Kiehl kommt Stein auf Grund der Behauptung, daß der Gemeinschuldner anhängige Prozesse wie eine prozeßfähig gewordene Partei zu übernehmen habe, Bem. IV zu § 240 ZPO. Ähnlich wie Kiehl auch Stegemann a. a. O. S. 361/62.

[2]) Lippmann und Bunsen äußern sich nicht über diese Frage, müssen jedoch der gleichen Ansicht sein.

Die Darstellung im vorstehenden hat sich auf die wichtigsten praktischen Verschiedenheiten beschränkt, die sich aus den einzelnen Konkursverwaltertheorien ergeben. Erschöpfend sind diese Verschiedenheiten nicht behandelt worden, da bei dem überreichen Stoff eine Beschränkung auf Hervorhebung der bedeutsamsten Konsequenzen angemessen erschien.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.